

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

RAFAEL RUI SCHEIDT

**EXTERNALIDADES NEGATIVAS NAS OBRAS PÚBLICAS:
RESPONSABILIDADE ESTATAL NO CASO DE DESVALORIZAÇÃO
IMOBILIÁRIA**

Florianópolis

2018

RAFAEL RUI SCHEIDT

**EXTERNALIDADES NEGATIVAS NAS OBRAS PÚBLICAS:
RESPONSABILIDADE ESTATAL NO CASO DE DESVALORIZAÇÃO
IMOBILIÁRIA**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Profº Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam

Florianópolis

2018



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

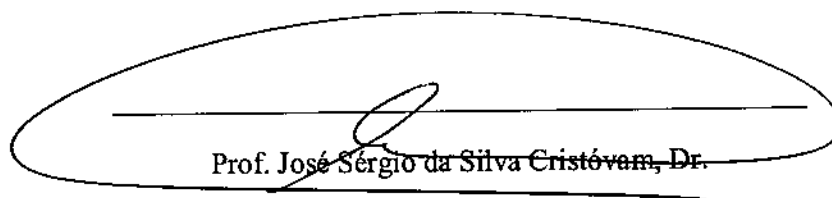
ATA DE SESSÃO DE DEFESA DE TCC


Aos 02 dias do mês de junho do ano de 2018, às 19 h e 30 minutos, na Sala _____ do CCJ, foi realizada a defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) intitulado Externalidades Negativas nas Obras Públicas: Responsabilidade Estatal no caso de Desvalorização Imobiliária, elaborado pelo acadêmico Rafael Rui Scheidt, matrícula nº 13204777; perante a Banca Examinadora composta pelos membros José Sérgio da Silva Cristóvam (Presidente), Mateus Stallivieri da Costa e Cláudia Bressan da Silva, abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014

☒ Aprovação Integral;

☐ Aprovação Condicionada aos seguintes reparos, sob fiscalização do Prof. Orientador:

Florianópolis, 02 de Julho de 2018.


Prof. José Sérgio da Silva Cristóvam, Dr.


Prof. Mateus Stallivieri da Costa, Msc.


Prof.ª Cláudia Bressan da Silva, Msc.

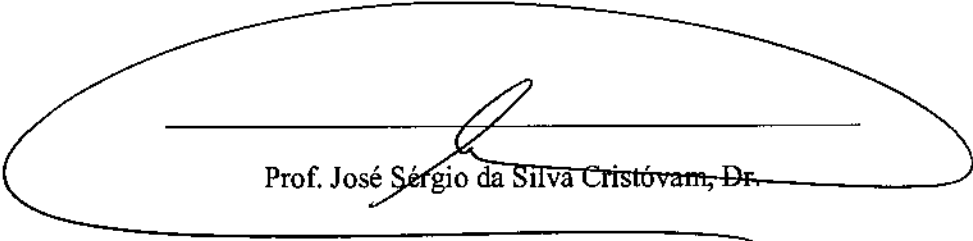


UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

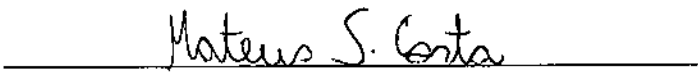
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Externalidades Negativas nas Obras Públicas: Responsabilidade Estatal no caso de Desvalorização Imobiliária”, elaborado pelo acadêmico Rafael Rui Scheidt, defendido em 02/07/2018 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 02 de Julho de 2018.



Prof. José Sérgio da Silva Cristóvam, Dr.



Prof. Mateus Stallivieri da Costa, Msc.



Prof.ª Cláudia Bressan da Silva, Msc.



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno: Rafael Rui Scheidt

RG: 4.631.279

CPF: 070.542.969-58

Matrícula: 13204777

Título do TCC: Externalidades Negativas nas Obras Públicas: Responsabilidade Estatal no caso de Desvalorização Imobiliária.

Orientador (a): Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam.

Eu, Rafael Rui Scheidt acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 02 de julho de 2018.

Assinatura manuscrita de Rafael Rui Scheidt, escrita em tinta preta sobre uma linha horizontal.

Rafael Rui Scheidt

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho foi um retrato da frase: “Quem caminha sozinho pode até chegar mais rápido, mas aquele que vai acompanhado, com certeza vai mais longe”.

Primeiramente, agradeço à minha namorada, Luísa Maciel da Costa, pela paciência e ajuda em todos os aspectos possíveis, suportando todas as externalidades negativas que um Trabalho de Conclusão de Curso possa proporcionar, internalizando-as e transformando esse momento em uma majestosa externalidade positiva.

Aos meus pais, Rui e Giane, pelo apoio incondicional desde o meu primeiro respiro de vida.

À minha irmã e afilhados, por passar noites em claro ao meu lado, mesmo que não intencionalmente, mas que foi de grande ajuda.

Aos meus amigos que merecem ser explicitamente citados, por aguentarem as repetidas conversas sobre o mesmo “tema”, sejam eles: Matheus, André, Igorzinho, Juliana, Everton, Alceu, Mateus, Lucas, Tarcisio, Maria Célia e David.

Aos amigos, de infância aos mais recentes, bem como às minhas avós, tios e primos, por estarem sempre presentes, propiciando momentos inesquecíveis na minha vida.

Ao meu orientador, Professor Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam, pela paciência e suporte nesses últimos anos de graduação.

“Que homem é um homem que não torna o mundo melhor?”

(Cruzada)

RESUMO

A presente monografia pretende realizar uma revisão bibliográfica, qualitativa, tanto no campo doutrinário como no jurisprudencial, acerca da Responsabilização Estatal frente à produção de externalidade negativa, traduzível no presente estudo em desvalorização imobiliária, pela instalação das obras públicas. Para tanto, utilizou-se uma série de julgados e doutrinas partindo do seguinte problema: Conforme doutrina e jurisprudência, a desvalorização imobiliária decorrente de obra pública é qualificada como externalidade negativa passível de ressarcimento pelo Poder Público? Seguindo pela hipótese básica: Sim, a doutrina aponta para o entendimento, com base na teoria do risco administrativo e no princípio da isonomia, que a desvalorização imobiliária causada nas obras públicas é passível de indenização; enquanto a jurisprudência, embora não pacífica, possui o entendimento majoritário no sentido de, também, ser devida a indenização. O trabalho encontra-se dividido em três capítulos principais, sendo o primeiro envolvendo os principais aspectos da Responsabilidade Civil do Estado, trazendo um esboço histórico acerca da evolução do instituto, além de percorrer os elementos ensejadores da Responsabilização Civil Estatal. O segundo capítulo, por sua vez, busca investigar mais detalhadamente o elemento “dano”, trazendo o conceito de externalidade para caracterizar a desvalorização imobiliária como dano indenizável, além de fazer o paralelo com a exação do Tributo da Contribuição de Melhoria. Por fim, o terceiro capítulo adentra no estudo jurisprudencial pertinente ao tema, analisando o entendimento dos tribunais brasileiros sobre a responsabilização estatal frente à depreciação imobiliária provocada pela instalação de obras públicas supracitadas. O método utilizado na pesquisa, portanto, foi o dedutivo, partindo do geral para o específico. A conclusão do estudo apontou para uma convergência doutrinária em aceitar que a desvalorização imobiliária é dano passível de indenização; e a jurisprudência, embora não pacificada, aponta, também para o dever de ressarcir a desvalorização imobiliária decorrente da instalação das referidas obras públicas.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado. Dano Indenizável. Externalidade. Obras Públicas. Desvalorização Imobiliária.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	10
1	RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL.....	13
1.1	TEORIAS SOBRE O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL.....	15
1.1.1	Teoria da Irresponsabilidade Estatal.....	16
1.1.2	Teoria Civilista da Responsabilidade Estatal.....	17
1.1.3	Teoria Publicista da Responsabilidade Estatal.....	21
1.1.3.1	Teoria da Culpa Administrativa.....	21
1.1.3.2	Teoria do Risco Administrativo.....	23
1.1.3.3	Teoria do Risco Integral.....	25
1.2	RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	27
1.2.1	Estado Como Sujeito Passivo do Artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.....	31
1.3	PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL.....	33
1.3.1	Dano.....	34
1.3.2	Nexo de causalidade.....	34
1.3.3	Atenuantes e Excludentes de Responsabilidade.....	35
1.4	RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL POR ATOS LÍCITOS.....	38
2	DANO E A NOÇÃO DE EXTERNALIDADES NO DIREITO.....	40
2.1	DANO INDENIZÁVEL.....	40
2.2	DANO E EXTERNALIDADE.....	42
2.3	EXTERNALIDADES E O DIREITO DE PROPRIEDADE.....	47
2.4	DESVALORIZAÇÃO IMOBILIÁRIA COMO EXTERNALIDADE NEGATIVA.....	51
2.5	CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA E A EXTERNALIDADE POSITIVA...	54
2.5.1	Origem.....	54
2.5.2	Conceito e Princípios Fundantes.....	56
2.5.3	Fato Gerador e Base de Cálculo.....	58
2.6	EXTERNALIDADES E O NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	61
2.6.1	Supremacia do Interesse Público e a Necessidade de sua Superação.....	63
3	DIREITO À INDENIZAÇÃO PELA DESVALORIZAÇÃO IMOBILIÁRIA GERADA PELAS OBRAS PÚBLICAS.....	68
3.1	OBRAS PÚBLICAS EM GERAL.....	69

3.2	O CASO DOS PRESÍDIOS.....	76
3.3	O CASO DOS ATERROS SANITÁRIOS.....	82
3.4	O CASO DE CEMITÉRIOS.....	87
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	91
	REFERÊNCIAS.....	94

INTRODUÇÃO

O presente estudo, como objetivo de cumprir o requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pelo Curso de Ciências Jurídicas pela Universidade Federal de Santa Catarina, tem como cerne de pesquisa a análise acerca das externalidades negativas produzidas pela instalação de obras públicas e a responsabilidade estatal frente à desvalorização imobiliária, relacionando-o às áreas do Direito Constitucional, Administrativo e Civil, dando ênfase no estudo da responsabilidade civil do Estado.

Em razão do instituto da responsabilidade civil estatal possuir vastas peculiaridades, e na impossibilidade de se aprofundar devidamente a todas elas, delimitam-se os esforços ao estudo das externalidades de determinadas obras públicas. O tema é delimitado, portanto, partindo-se da interpretação do artigo 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), para investigar o dever estatal em ressarcir a desvalorização imobiliária causada pela instalação de obras públicas. Para tanto, buscou-se investigar os conceitos e teorias pertinentes, conforme a evolução doutrinária, bem como a aplicação na seara jurisprudencial, constatando-se as especificidades do caso no confronto de posicionamentos doutrinário e jurisprudencial.

Na análise jurisprudencial, uma vez não ser possível abordar sobre todos os julgados que versam sobre o tema, destacou-se os julgados que demonstram posicionamentos contrapostos, bem como a indicação do entendimento dos casos analisados e sua problematização. Com isso, o problema principal abordado na presente monografia é: Conforme doutrina e jurisprudência, a desvalorização imobiliária decorrente de obra pública é qualificada como externalidade negativa passível de ressarcimento pelo Poder Público? O problema remete a seguinte hipótese básica: Sim, a doutrina é cônsona em afirmar, com base na teoria do risco administrativo e no princípio da isonomia, que a desvalorização imobiliária causada nas obras públicas é passível de indenização; enquanto a jurisprudência, embora não pacífica, possui o entendimento majoritário no sentido de, também, ser devida a indenização. A hipótese se mostra condizente com a evolução histórica do instituto da responsabilização civil estatal, além de estar em conformidade com o novo modelo de Direito Administrativo, no qual pondera a aplicação do princípio da supremacia do interesse público com os direitos fundamentais, sejam individuais ou coletivos, concretizando, assim, a ideal valorização constitucional.

Apresenta-se, portanto, que a desvalorização imobiliária, provocada pela instalação de obras públicas indesejadas, é dano capaz de ensejar a responsabilização estatal. Para tal

propósito, apresentam-se três objetivos específicos: Analisar a evolução doutrinária acerca dos conceitos e teorias da responsabilidade civil do Estado; Demonstrar que a desvalorização imobiliária, como externalidade negativa, é caracterizada como dano indenizável; Apresentar o entendimento jurisprudencial, no qual aponta convergência com posicionamento doutrinário, no sentido de indenizar a desvalorização imobiliária, estas ocorridas pela instalação de determinadas obras públicas, confirmando, assim, a ponderação do princípio da supremacia do interesse público com os ditames constitucionais.

A metodologia adotada para o progresso da monografia é a revisão bibliográfica, qualitativa, por intermédio de leitura de artigos, livros, notícias, além da análise dos julgados oportunos à temática. Para a elaboração redacional, utilizou-se o método dedutivo, no qual parte-se de um panorama geral, através dos conceitos básicos da responsabilidade civil estatal, chegando-se aos casos específicos, compreendendo as particularidades do dever estatal em ressarcir a desvalorização imobiliária decorrente da instalação de certas obras públicas.

Cumprindo o seu dever constitucional de promover o desenvolvimento nacional, cumpre ao Estado instalar determinadas obras públicas essenciais para o tão desejado progresso. Contudo, embora necessárias, certas obras públicas são tidas como indesejáveis para uma convivência sadia, ocorrendo a resistência de comunidades para a sua implantação. Uma vez instaladas, tais obras proporcionam uma série de externalidades negativas que resultam em desvalorização imobiliária, como por exemplo a instalação de penitenciária, aterro sanitário e cemitério. Isso posto, traçando um paralelo com o tributo da contribuição de melhoria, torna-se de grande relevância o estudo da responsabilização civil estatal pela causação de desvalorização imobiliária, investigando sobre a ponderação de princípios, o enquadramento teórico, bem como a sua aplicação prática no âmbito jurídico.

A estruturação do trabalho se dá na divisão em três capítulos. O primeiro propõe apresentar os principais conceitos e teorias atinentes ao estudo da responsabilidade civil, mormente sobre a atuação estatal, construindo um esboço histórico do instituto a fim de contextualizar os problemas enfrentados e, por conseguinte, suas tentativas de superação. Na sequência, aborda-se sobre o tratamento constitucional atual acerca da responsabilização civil estatal, colocando em voga a legitimidade passiva do Estado frente ao dever de ressarcir danos provocados pelo ente público. Ademais, estuda-se os pressupostos da responsabilidade civil estatal no ordenamento brasileiro, bem como as eventuais excludentes de ilicitude.

O segundo capítulo aprofunda o estudo do dano, além de introduz o conceito de externalidades e a sua íntima relação com o instituto da responsabilidade civil do Estado. Em seguida, faz-se paralelo entre a desvalorização imobiliária como dano, exemplo de

externalidade negativa; e a valorização imobiliária, como fato gerador do tributo da contribuição de melhoria, exemplo de externalidade positiva. Ainda, como princípio fundante da atuação estatal, discute-se sobre o princípio da supremacia do interesse público e a sua necessidade de superação.

Por fim, o terceiro capítulo adentra no estudo jurisprudencial pertinente ao tema, trazendo o entendimento dos tribunais acerca da responsabilização estatal frente à depreciação imobiliária provocada pela instalação de obras públicas consideradas essenciais, porém indesejadas pelas comunidades que recebem o empreendimento. Além disso, apresenta-se as dificuldades e requisitos legais para a implementação das referidas obras, sejam elas: presídios, aterros sanitários e cemitérios.

CAPÍTULO I. RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL

O presente estudo visa analisar a responsabilidade estatal diante da desvalorização imobiliária causada pela instalação de determinadas obras públicas, analisando o entendimento doutrinário e jurisprudencial relativo à temática. Para tanto, torna-se necessário percorrer a evolução de conceitos e teorias relativos ao instituto da responsabilidade civil, concentrando seu foco na responsabilidade estatal.

René Savatier define que “*La responsabilité civile est l’obligation qui peut incomber à une personne de réparer le dommage causé à autrui par son fait, ou par le fait des personnes ou de chose dépendant d’elle*”¹. Etimologicamente falando, o significado palavra “responsabilidade” exprime a ideia de “obrigação, encargo, contraprestação”. No sentido jurídico, o vocábulo segue a mesma ideia, aponta o dever do indivíduo em restaurar eventual prejuízo decorrente da violação de um dever jurídico².

Para que haja o dever de responsabilização no âmbito jurídico, é necessário, seja qual for a modalidade, a existência de violação de determinado dever jurídico previamente estabelecido, haja vista que a responsabilidade presume o descumprimento de certa obrigação.³

Flávio Tartuce defende que a responsabilidade civil surge com o descumprimento obrigacional, seja pela desobediência de uma regra posta em contrato previamente estabelecido, seja pela não observância de preceito normativo regulatório. Nesse sentido, tem-se duas categorias de responsabilidade civil, quais sejam, a contratual (negocial) e a extracontratual – também conhecida como aquiliana.⁴

Carvalho Filho aborda sobre a diferenciação existente na responsabilidade civil contratual e extracontratual, esclarecendo que o primeiro ocorre quando o dever jurídico violado, seja ele o inadimplemento ou ilícito contratual, estiver disposto no instrumento contratual. O comportamento esperado entre as partes está previamente convencionado nas normas do contrato, há uma relação jurídica preexistente entre os contratantes. Por seu turno, ocorrerá responsabilidade extracontratual caso o dever jurídico violado estiver disposto em lei

¹ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: R. Pichon et R. Durand Auzias, 1951, p. 1. Tradução livre: A responsabilidade civil é a obrigação que pode ser imposta a uma pessoa de reparar um dano causado por outrem por fato seu ou fato de pessoa ou coisa dele dependentes.

² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6 Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 24.

³ CAVALIERI FILHO, 2005. p. 27.

⁴ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil - Volume Único*. 4. Ed. São Paulo: Método. 2014. p. 325.

ou ordem jurídica, não tendo convenção prévia das partes.⁵

No tocante à chamada responsabilidade civil extracontratual do Estado, foco do presente estudo, pode-se dizer que tal instituto é compreendido como uma obrigação legal imposta ao Poder Público a fim de reparar danos suportados por terceiros em razão de determinada atividade do Estado. Caso ocorra a violação de um dever jurídico preexistente, surge para seu violador, seja ele pessoa física ou jurídica, a obrigação de reconstituir o patrimônio lesionado.⁶

Com efeito, o Estado, buscando atender ao interesse público, pode vir a lesar bem juridicamente tutelado por meio de seus atos – inclusive por conduta comissiva legítima e sem periculosidade. De acordo com teoria bem estabelecida, aquele que aufere o bônus deve arcar com seu respectivo ônus. Assim, em um cenário em que a sociedade, representada juridicamente pelo Estado, obtém vantagem a partir de um determinado fato, ao visar o bem de todos os indivíduos sob sua tutela, também deverá absorver eventuais gravames econômicos infligidos a uma minoria dos seus integrantes.⁷

Os princípios relacionados ao dever do Estado em indenizar diferem conforme a natureza do ato. Caso o Poder Público atue regularmente no desempenho de suas atribuições, e, por meio delas, venha a causar danos, a obrigação de indenizar estará embasada no princípio da legalidade, e a indenização proporcionará o restabelecimento da legalidade alvejada. De forma distinta, se o Estado realizar um ato ilícito, a reparação se fundamentará no princípio da igualdade, sendo a indenização uma forma de restaurar a isonomia violada.⁸

Vale ressaltar que a responsabilização estatal não se confunde com a obrigação do Poder Público em indenizar os particulares que arquem com o sacrifício de determinados interesses privados. Nessa hipótese, o Estado, com base em autorização legislativa, indenizará, justa e previamente, os prejuízos suportados.⁹

A doutrina italiana, por exemplo, utiliza o vocábulo “indenização” para as hipóteses de sacrifício de direito, reservando o emprego do termo “ressarcimento” para os casos de responsabilidade.¹⁰ Dessa maneira, a responsabilidade pressupõe a violação de um direito. Caso haja somente o sacrifício de um direito, previsto e autorizado pela ordem jurídica, não

⁵ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 30-31.

⁶ PEDREIRA, Ana Maria. *A responsabilidade do estado por omissão*. Porto Alegre: Núria Fabris. 2016. p. 15.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25 Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 995.

⁸ PEDREIRA, 2016. p. 80.

⁹ PEDREIRA, 2016. p. 22.

¹⁰ MELLO, 2007. p. 1003.

há de se falar em responsabilidade do Estado.¹¹

O sacrifício de um direito, portanto, é uma decisão tomada pelos administradores públicos, com respaldo legislativo prévio, a fim de atender às necessidades da sociedade, mesmo que para tal tenha de causar prejuízos para uma minoria, a qual deverá suportar tais malefícios mediante justa indenização.¹²

Contudo, a indicação de sacrifício de direito não obsta a aceitação da responsabilidade do Estado por atos lícitos. Quando se fala em sacrifício de direito, pressupõe-se uma previsão legislativa autorizativa derogando direito alheio em prol do Estado, sendo resguardado o direito à expressão patrimonial correlativa. Já a responsabilidade estatal por atos lícitos nasce quando o Estado, por meio de seus poderes legitimamente deferidos pela ordem jurídica, lesiona um direito alheio, não como sua finalidade própria, e sim como um simples reflexo, uma externalidade negativa.¹³ Frisa-se, porém, que o tema não é pacífico entre os doutrinadores, uma vez que Sérgio Cavalieri, por exemplo, defende a necessidade de um ato ilícito para configurar a responsabilidade civil estatal.¹⁴

Superado os conceitos iniciais sobre a responsabilidade civil, especialmente sobre a atuação do Estado, imprescindível perscrutar a evolução das teorias que tratam sobre o tema, ao passo que os conceitos não são estanques, ou seja, modificam-se em resposta à evolução das funções administrativas, o que acarreta em constante debate e reflexão sobre a responsabilização estatal.

1.1 TEORIAS SOBRE O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL

A doutrina cataloga três períodos teóricos, bem definidos historicamente, sobre os marcos da responsabilidade civil do Estado. Tudo se inicia com uma fase de irresponsabilidade irrestrita do ente estatal, cabendo apenas a responsabilização dos agentes

¹¹ PEDREIRA, 2016. p. 21.

¹² Cita-se, a título exemplificativo, um rol de possibilidades trazido pela doutrina acerca das medidas estatais que geram o sacrifício de direito: ocupação temporária, requisição, tombamento, servidão administrativa e desapropriação.

¹³ PEDREIRA, 2016. p. 23.

¹⁴ (...) a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por ato ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). (...) o Estado pratica ato ilícito não só por omissão (quando deixa de fazer o que tinha o dever de fazer), como também por comissão (quando faz o que não devia fazer), na troca de tiros da polícia com traficantes acaba atingindo um cidadão que passava pelo local (CAVALIERI FILHO, 2005, p. irreg).

públicos (teoria da irresponsabilidade). Em um segundo momento, ocorre a gênese da responsabilização estatal, com a inclusão e valorização do elemento subjetivo, ou seja, a análise da culpa, especialmente no campo do direito civil (teoria civilista). Por fim, há a conversão do enfoque para o elemento objetivo, analisando o risco da atividade praticada, harmonizando com o direito público (teoria publicista).¹⁵

1.1.1 Teoria da Irresponsabilidade Estatal

Nesse primeiro momento histórico, a ideologia dominante era a de que o soberano nunca comete erros, é incapaz de gerar danos e, por conseguinte, ser responsável por eventual prejuízo. Vivenciava-se o período das máximas: “*quod principi placuit habet legis vigorem*”, “*the king can do no wrong*”, “*sovereign can do no wrong*”, “*le roi ne peut mal faire*” e “*l’État c’est moi*”¹⁶.

A simples hipótese de responsabilização pecuniária do Estado era vista como um grave obstáculo para a execução dos serviços públicos, sendo totalmente afastada possível dever estatal de ressarcir seus súditos.¹⁷ O Estado, no exercício de suas funções estatais, poderia causar danos sem que as consequências recaíssem ao soberano. Todavia, os eventuais prejudicados por tais atos não estavam totalmente desamparado de seu direito de ressarcimento, havia a possibilidade de responsabilizar o agente público causador do dano que atuou com dolo ou culpa. Tal fato não afasta o direito do lesado ser ressarcido, porém a responsabilização se restringia na esfera individual, o Estado sequer era preposto da ação.¹⁸

O Brasil, por conta da cultura europeia ser inserida já na queda do feudalismo, não passou pela fase da irresponsabilidade total do Estado. Embora não haver disposição legal específica, sempre existiu a tese principiológica e fundamentalista de responsabilização do Poder Público. Porém, há doutrinadores que defendem a ideia de que reinou no Brasil colônia a teoria da plena irresponsabilidade estatal.¹⁹

Para os defensores de que a teoria da irresponsabilidade fora abarcada no Brasil

¹⁵ MOROSINI, Marco Aurélio. Aspectos teóricos da responsabilidade civil do estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/167774/339926.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso 10/03/2018. p. 39.

¹⁶ MOROSINI, 2016. p. 40.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, 2005. p. 249.

¹⁸ MORAES, Alexandre de. Direito de constitucional administrativo. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 249.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, 2005. p. 225.

colônia, afirmam que todo regramento da época era baseado nas leis vindas da corte portuguesa, estas ainda influenciadas pela teoria da “irresponsabilidade patrimonial do Estado”, isto é, todo o fundamento ideológico legislativo era voltado para a realidade portuguesa, adaptado para o cenário brasileiro, e, por conseguinte, imperava a irresponsabilidade estatal. Apenas mais tarde, no período imperial e republicano, as leis foram voltadas para a sociedade brasileira, quando já se adotava a responsabilidade solidária do Estado nas hipóteses de omissão ou abuso de funcionário no exercício de suas funções.²⁰

Uma vez abandonada a teoria da plena irresponsabilidade do Estado frente aos danos causados, “eventuais resistências quanto à consideração do Estado como sujeito civilmente responsável praticamente inexistem atualmente, visto que injustificáveis, devendo-se tomar a responsabilidade civil estatal como instituto inerente à ordem jurídica.”²¹

Não faria sentido o Estado, responsável pela tutela jurisdicional, ser imune ao ordenamento por ele imposto. Assim, o Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público, sujeito de direitos e obrigações, deve ser responsabilizado civilmente por eventuais danos realizados pelas suas condutas, pois “quando cumpridos os requisitos, perfaz medida de justiça e, repita-se, amolda-se aos princípios do Estado de Direito.”²²

1.1.2 Teoria Civilista da Responsabilidade Estatal

Na segunda metade do século XIX, com a ascensão dos ideais liberais de valorização do indivíduo, ocorreu a influência dos preceitos civilistas da época na interpretação da responsabilização civil estatal.²³

Inicialmente, a fase civilista da responsabilização civil estatal adotou uma distinção entre os atos de império e os atos gestão para a configuração da responsabilidade civil estatal. Aqueles seriam atos realizados pela Administração dotados de prerrogativas e privilégios de autoridade, impostos de forma unilateral e aplicados coercitivamente perante o particular, atos de ofício, regidos por regramento especial, sem qualquer interferência do direito comum, uma vez que apenas o Estado é competente para executar tais atos; já estes são atos equiparados aos atos que todos os administrados possam praticar, tendo pé de igualdade com os

²⁰ HUMENHUK, Hewerston. *Responsabilidade civil do Estado constitucional por omissão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 29.

²¹ MOROSINI, 2016. p. 42.

²² MOROSINI, 2016. p. 42.

²³ MOROSINI, 2016. p. 42.

particulares, “para a conservação e desenvolvimento do patrimônio e para a manutenção de seus serviços²⁴”.

Segundo esta nova visão acerca da responsabilização estatal, o Estado é visto como pessoa jurídica de direito público, admitindo a sua responsabilização, contudo a responsabilização dependeria de dois requisitos básicos a serem comprovados pelo prejudicado: Em um primeiro momento, o ato causador do dano deveria ser classificado como “ato de gestão”, isto é, ato similar ao ato que qualquer cidadão pudesse exercer, regido pelo direito privado. Uma vez enquadrado o ato como “ato de império”, conduta interpretada à luz da supremacia do Estado sobre o interesse do particular, a responsabilidade seria afastada, permanecendo a tese de irresponsabilidade total do ente. O segundo requisito diz respeito ao ônus que recaia sobre o lesado de provar a culpa do agente público na sua conduta.²⁵

Juntamente com categorização dos atos estatais, vieram duras críticas por parte da doutrina. Primeiro em virtude da dificuldade do correto enquadramento da categoria do ato, concluindo a inadequação da distinção entre atos de império e atos de gestão.²⁶ Segundo pelo descaso frente ao dano causado, pois pouco importava se o ato era de gestão ou império, no fim das contas o ato será estatal. As críticas levaram ao entendimento de que a classificação fora um “verdadeiro artifício jurídico engendrado para absolver o Estado do pagamento de indenizações”, sendo repudiada severamente.²⁷

Sobre o tema, Maria Sylvia di Pietro aponta a grande oposição por parte da doutrina frente à teoria adotada, “quer pelo reconhecimento da impossibilidade de dividir-se personalidade do estado, quer ela própria dificuldade, senão, impossibilidade, de enquadrar-se como atos de gestão todos aqueles praticados pelo estado²⁸”.

Percebe-se que a atenuação da antiga teoria da irresponsabilidade fora um grande passo para a responsabilização estatal, no entanto, ainda assim havia barreiras para a sua concretização, uma vez que a distinção dos atos estatais gerava grande inconformismo entre as suas vítimas por ser de difícil distinção entre o que são atos de império e o que são atos de gestão.²⁹

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 29. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 791-792.

²⁵ MOROSINI, 2016. p. 43.

²⁶ SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. *Manual de direito administrativo*. 4. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 852 -853.

²⁷ MOROSINI, 2016. p. 44.

²⁸ DI PIETRO, 2016. p. 792.

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 494.

Foi assim, diante da possibilidade de responsabilização do Estado e a dificuldade de efetivá-la, passou-se para uma segunda fase, a concepção civilista da responsabilidade estatal, “fundada na culpa do funcionário e nos princípios da responsabilidade por fato de outrem (patrão, preponente, mandante, representante)”³⁰.

Considerado marco inicial dessa nova etapa, o Código Civil francês de 1804 influenciou a chamada teoria da culpa civil. Neste novo momento da teoria civilista, constatou-se o aprofundamento do elemento “culpa”, fato que possibilitou o abandono da distinção entre a natureza dos atos estatais, até então requisito necessário para a caracterização da responsabilidade do Estado.³¹

A configuração da responsabilidade estatal passou a ser possível em qualquer caso, orientada por três elementos fundamentais: o Estado, o agente público e o lesado. Para tanto, havia a necessidade de o lesado demonstrar dolo, ou pelo menos, culpa na conduta do agente público, que seria eleito pelo Estado.³²

Constatado o dano decorrente de ato ilícito realizado pelo Estado, nasce o direito ao lesado de buscar reparação, cabendo a este comprovar a culpa do agente público, como pessoa física, que, exercendo sua função de representante do Estado, causou-lhe certo prejuízo. A culpa do Estado se fundamenta indiretamente pela má escolha de seu representante, análogo aos casos em que o patrão assume a culpa pelo ato culposos do empregado; e, também, pela omissão estatal na vigilância, no dever de cuidado ou atenção das atividades exercidas pelo funcionário nomeado, o qual se encontrava sob a guarda ou responsabilidade do agente. Em outras palavras, a culpa estatal projeta-se pela *culpa in eligendo* e a *culpa in vigilando*, respectivamente.³³

Importante não confundir com a possibilidade de responsabilizar o agente público diretamente, o que era aceito já na teoria da irresponsabilidade. O que passou a ser adotado é a responsabilização estatal, diante de ato comprovadamente culposos ou dolosos executados por seu agente funcionário público.

As constituições brasileiras de 1824 e 1891, por exemplo, não continham disposição que previasse a responsabilidade do Estado; mas sim a responsabilidade do funcionário em decorrência de abuso ou omissão praticados no exercício de suas funções. Neste período, entretanto, existia regramento infraconstitucional admitindo a responsabilidade do Estado,

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio, 2005. p. 321.

³¹ MOROSINI, 2016. p. 44.

³² SCATOLINO, G..., 2016. p. 853.

³³ MOROSINI, 2016. p. 45.

sendo confirmado pela jurisprudência, colocando o Estado como responsável solidariamente pelos atos exercidos pelo seu funcionário. Cita-se, como exemplo, os danos causados pelas estradas de ferro, seja pelos incêndios provocados por fagulhas ou prejuízos nos imóveis próximos aos trilhos.

Sobre a teoria da culpa, frisa-se que esta não se limita aos casos em que o ato ou conduta é intencional, praticado dolosamente (dolo, delito, na origem semântica e histórica romana), os atos eivados de negligência, imprudência ou imperícia, também são abarcados, é a chamada culpa em sentido estrito (quase-delito).³⁴

Para a caracterização da responsabilidade subjetiva, é requisito essencial a demonstração de que na conduta geradora do dano haja a deliberação de comportamento proibido ou não correspondente aos padrões de “empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) legalmente exigíveis, de tal sorte que o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido³⁵”.

Conforme o ensinamento de Sílvio de Salvo Venosa, “na responsabilidade subjetiva, o centro de exame é o ato ilícito. O dever de indenizar vai repousar justamente no exame de transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito³⁶”.

A conduta culposa do agente erige-se em pressuposto principal da obrigação de indenizar, no entanto nem toda conduta se enquadra em tal situação, apenas aquelas eivadas de características estabelecidas na ordem jurídica, caso contrário, será apenas má sorte, devendo internalizar os prejuízos sofridos.³⁷

A teoria da culpa consegue romper os fortes laços fundantes dos tradicionais argumentos da irresponsabilidade plena do Estado. Mesmo com a superação da irresponsabilidade absoluta e o dever de indenizar sob a condicionante de classificação do ato como de gestão, a nova visão adotada não solucionava as falhas da máquina administrativa. O causador do dano, Estado, há em seu favor a presunção de estar atuando no cumprimento do seu dever legal, tornando-se de difícil comprovação o dano e culpa ocasionados pelo agente estatal, por parte do cidadão.³⁸

Devido a dificuldade de comprovação do elemento subjetivo, muito pelo poder e privilégios administrativos estatais frente ao particular, despido de autoridade e

³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil Vol. 4: Responsabilidade civil*. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 24.

³⁵ MELLO, 2007. p. 989.

³⁶ VENOSA, 2008. p. 25.

³⁷ CAVALIERI FILHO, 2005. p. 53.

³⁸ HUMENHUK, 2016. p. 29.

prerrogativas³⁹, a teoria da culpa civil enfraquece, dando espaço para a autonomia do Direito Administrativo, surgindo a teoria da culpa administrativa.

1.1.3 Teoria Publicista da Responsabilidade Estatal

Frente à queda da teoria da culpa civil, surge uma nova análise da responsabilidade, agora com foco no elemento objetivo, mas ainda influenciados, pelo menos em um primeiro momento, por elementos do direito civil.

Dentro das teorias publicistas, destaca-se a teoria da culpa administrativa e a teoria do risco administrativo, diferenciando-se justamente pela consideração do grau de objetividade.⁴⁰

1.1.3.1 Teoria da Culpa Administrativa

A famosa decisão do Tribunal de Conflitos francês, no Caso Blanco, em uma inédita decisão que concluiu pela aplicação de princípios próprios do Direito Administrativo no estudo da responsabilidade civil do Estado, há o distanciamento da base principiológica do Direito Civil.⁴¹

A partir de então, as decisões dos tribunais franceses foram no sentido de interpretar que a atividade prestada pelo Estado é, antes de tudo, uma atividade administrativa. Assim, com base nessa nova conjuntura principiológica, evoluiu-se da culpa individual para a culpa anônima, impessoal.⁴²

A culpa anônima se desvencilha da antiga ideia a qual relacionava a responsabilidade do Estado necessariamente à ideia de falta de determinado agente. Deixa de ser requisito obrigatório a identificação nominal e específica do agente que tenha ocorrido em culpa. Para a caracterização da responsabilidade estatal, basta a comprovação de que houve falha, mau agenciamento geral, defeito na execução das atividades estatais, de forma impessoal, anônima à qual o dano possa ser imputado, passando-se a falar em culpa do serviço público, não mais do agente público.⁴³

A culpa do serviço público se enquadra como tal em três hipóteses: “o serviço não

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 655-656.

⁴⁰ MOROSINI, 2016. p. 46.

⁴¹ SCATOLINO, 2016. p. 853.

⁴² SCATOLINO, 2016. p. 853.

⁴³ CAVALIERI FILHO, 2005. p. 251.

funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal”. Ocorrendo alguma das hipóteses elencadas, caracterizar-se-à a culpa (*faute*) do serviço ou acidente administrativo, recaiando ao Estado a sua responsabilização, independentemente de apreciação da culpa do agente público.⁴⁴

A responsabilização do agente público é tratada de maneira diversa na teoria da culpa administrativa. Enquanto a responsabilidade ao Estado recai nas situações em que o ente estatal não presta, ou presta deficientemente (com atraso ou mal funcionamento) os serviços a ele atribuídos por lei, o agente somente será responsabilizado caso haja a caracterização de dolo ou culpa. Fato, esse, que não exime o Estado de sua responsabilidade na causação do dano.⁴⁵

A falha na prestação de serviço acarreta no reconhecimento de culpa, mesmo que a falha tenha sido praticada à serviço da coletividade.⁴⁶ No entanto, o requisito para a caracterização da responsabilidade estatal e, por conseguinte, o direito de reparação dos prejuízos, era a comprovação do mau funcionamento ou falha do serviço prestado pelo ente estatal, sobretudo por exigir certo padrão estabelecido previamente a título de comparação, tarefa de difícil acesso, uma vez que por muitas vezes tal parâmetro nem exista.⁴⁷

Frente à esta nova dificuldade, mostrou-se uma grande discrepância de forças entre Estado e seus eventuais prejudicados por condutas produtoras de externalidades negativas do Estado. Assim, com a concentração de poderes na mão do Poder Público, é natural que este arque com os riscos naturais decorrentes de suas atividades, ou seja, os riscos proporcionais aos poderes.⁴⁸

Convém ressaltar que em muitos casos, diante da dificuldade em demonstrar a falta do serviço, admitia-se a presunção de culpa do Estado, recaiando sobre este o ônus de provar que prestou o serviço regularmente, “sem o quê não conseguirá elidir a presunção e afastar a sua responsabilidade⁴⁹”, porém a inversão do ônus probatório não era a regra.

Diante das dificuldades expostas, o cenário se mostrou ideal para a superação da teoria, dando espaço à teoria do risco administrativo, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado.

⁴⁴ DI PIETRO, 2016. p. 792.

⁴⁵ SCATOLINO, 2016. p. 854.

⁴⁶ CARVALHO FILHO, 2008. p. 495.

⁴⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno: De acordo com a EC19/98*. 15. Ed. São Paulo: RT. 2011. p. 388

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, 2005. p. 496

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, 2005. p. 251.

1.1.3.2 Teoria do Risco Administrativo

A partir desse momento, rompem-se os laços da teoria civilista, resultando no afastamento do elemento “culpa” para a responsabilização do Estado por seus atos, seja ela referente ao funcionário público que praticou o ato, seja ela pela culpa administrativa.⁵⁰

Perscrutando a história da responsabilidade civil do Estado; constata-se, portanto, que todas as teorias até então expostas se deparam com a dificuldade probatória encontrada pelo lesado em responsabilizar o ente estatal causador do dano, ora resguardado pela legislação, ora pela posição de privilégio do Estado na produção de provas.

Dito isso, interessante ressaltar que fora pacificado o entendimento da responsabilização objetiva do Estado fundamentada no risco, porém a discussão altera seu foco, passando a debater qual a modalidade de risco deve ser acatada, se a do risco integral ou a do risco administrativo. Muitos defendem a ideia do risco administrativo; outros, a teoria do risco integral. Há, ainda, os que sustentam que o debate se trata apenas de uma questão semântica, não existindo distinção entre tais teorias.⁵¹

O indivíduo que cria uma situação de risco está previamente assumindo as consequências do ato. Uma companhia ferroviária possui o direito de transitar em seus trilhos, afinal foi concedido tais poderes pelos entes públicos para realizar tal serviço, ou seja, não está cometendo uma infração, falta, mas sim agindo licitamente. Todavia, junto com o direito de transitar vem as externalidades causadas pela atividade, como a produção de fumaça, rachaduras nos imóveis marginais à ferrovia, incêndios provocados pelo atrito dos trens com os trilhos. Nada mais justo, portanto, que a companhia repare os prejudicados pela sua atividade devido ao risco inerente de sua atividade.⁵²

Na teoria do risco administrativo, atribui-se ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa.⁵³ Embora o Estado detenha a nobre incumbência de atender ao interesse público, seus atos podem produzir danos, os quais devem ser restaurados, independente de estar atuando em prol da coletividade.

Nesse sentido, colhe-se conceito elaborado pelo doutrinador Carvalho Filho sobre a teoria:

⁵⁰ MOROSINI, 2016. p. 48.

⁵¹ PEDREIRA, 2016. p. 28.

⁵² MOROSINI, 2016. p. 49.

⁵³ CAVALIERI FILHO, 2005. p. 324.

A Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Consequentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes.⁵⁴

Em verdade, funciona analogamente a um contrato de seguro, no qual a coletividade, por meio do pagamento de tributos, contribui para a formação de um fundo. Esse fundo será utilizado para que, uma vez lesados (e se lesados), os administrados vejam seus danos reparados com valores advindos dessas contribuições.⁵⁵

Assim, tendo como base “os princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais”⁵⁶, além da ideia de que o Estado violou o direito de segurança da vítima ao não tomar todas as providências necessárias para evitar eventuais externalidades negativas pela sua conduta de risco, funda-se a responsabilidade objetiva baseada no risco administrativo,⁵⁷ uma vez que “para manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades”.⁵⁸

O dano sofrido por alguém deve ser entendido como uma consequência do serviço prestado pelo ente estatal, não mais sendo valorado se o seu funcionamento foi bom ou ruim. A análise, agora, se concentra no dano e no nexo causal entre a conduta danosa e o agente público.⁵⁹ Enquanto na teoria da culpa administrativa falava-se em “falta do serviço”; na teoria do risco administrativo fala-se em “fato do serviço”.⁶⁰

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a responsabilização da pessoa jurídica de direito público interno frente à execução da atividade administrativa causadora de dano, dar-se pela comprovação, por parte do lesado, não mais a culpa do ente público, e sim pelos seguintes pressupostos:

- a) a alteridade do dano; b) a causalidade material entre o *eventus dammi* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público; c) a

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, 2005. p. 212.

⁵⁵ CRETILLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Vol. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 69-70.

⁵⁶ CAVALIERI FILHO, 2005. p. 323.

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, 2005. p. 220.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria, 2016. p. 793.

⁵⁹ MORAES, 2007.p. 250.

⁶⁰ MEIRELLES, 2009. p. 657

oficialidade da atividade causal lesiva, imputável a agente do Poder Público que tenha, nessas condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTK 140/636) e d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.⁶¹

Ressalta-se que embora não necessite a demonstração de “culpa”, é necessário comprovar o nexo de causalidade entre a conduta do agente público e o dano suportado por terceiros. Pode-se dizer que o foco da “culpa” na teoria da culpa administrativa é substituído pelo nexo de causalidade na teoria do risco administrativo.

Resta ao Estado as teses defensivas de excludente de responsabilização nas ações indenizatórias promovidas contra o estado, as quais pode se eximir do direito de restaurar o dano, seja demonstrando a culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito ou força maior.

A teoria do risco administrativo se mostrou a mais adequada para a análise da responsabilidade do Estado.⁶²

1.1.3.3 Teoria do Risco Integral

Primeiramente, ressalta-se a que a doutrina brasileira não considera a teoria do risco integral como sendo sinônima da teoria do risco administrativo.⁶³ De acordo com a teoria do risco integral, o Estado assume a posição de segurador universal, devendo suportar todos os riscos causados por sua atividade administrativa, sequer admitindo as excludentes de responsabilidade do Estado.⁶⁴

Enquanto na teoria do risco administrativo, para se exonerar da obrigação de reparar os danos causados, o Estado deveria atestar que o dano se deu por fato exclusivo da vítima ou por fatos necessários, extraordinários e imprevisíveis, denominados pela doutrina casos fortuitos ou força maior, na teoria do risco integral não cabe nenhuma excludente de causalidade. Somente pelo fato do Estado estar ligado à conduta danosa já implica no dever de ressarcir.⁶⁵

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 109.605*. Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, 2 de agosto de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000188880&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 2 ago. 1996.

⁶² PEDREIRA, 2016. p. 30-31.

⁶³ MOROSINI, 2016. p. 51.

⁶⁴ SCATOLINO, 2016. p. 856.

⁶⁵ BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio. *Curso de direito civil, volume IV, Responsabilidade civil*. São Paulo:

A grande diferença da teoria do risco administrativo para a teoria do risco integral é que esta é uma modalidade extremada, justifica o dever de indenizar até mesmo onde o nexo causal não se mostra claro, ou se apresenta diluído, além de não aceitar as excludentes de responsabilidade.

Tem-se por regra que a responsabilidade civil do Estado é analisada sob a ótica da teoria do risco administrativo, conforme o artigo 37, p. 6º da Constituição Federal. Contudo, há situações excepcionais que o legislador admite a responsabilização do Estado com fundamento na teoria do risco integral, sejam eles: danos nucleares, danos ambientais, terrorismo, eventos relacionados à guerra e eventos contra aeronaves brasileiras no transporte aéreo público.

Os exemplos acima elencados são largamente utilizados pela doutrina, porém não unânimes, havendo grande divergência entre os autores. A professora Maria Sylvia Di Pietro, por exemplo, reconhece a aplicação da teoria do risco integral na hipótese de danos nucleares, atos terroristas e de guerra contra aeronaves brasileiras. Já Lucas Rocha Furtado admite apenas para os casos de danos nucleares. José dos Santos Carvalho Filho, Hely Lopes Meirelles, Diógenes Gasparini, Gustavo Scatolino e João Trindade sequer admitem a teoria do risco integral no ordenamento brasileiro.⁶⁶

Outro caso em que se debate acerca da aplicação da teoria do risco integral são nos casos do seguro obrigatório de responsabilidade civil para os proprietários de veículos automotores, o DPVAT. Muitos entendem que não há contrato de seguro, afinal é uma obrigação legal, de responsabilidade social, com intuito de cobrir os riscos gerados pela circulação de veículos em geral. Caso haja acidente na circulação de veículos, mesmo que tenha sido causado exclusivamente pela vítima ou por desconhecido, deverá ser indenizado, ou seja, é aplicada a teoria do risco integral.⁶⁷

Mormente sobre os casos de dano ambiental, com fulcro nos princípios da prevenção e precaução, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que nos casos de dano ambiental é aplicada a teoria do risco integral.⁶⁸

Sobre a atividade nuclear, diante da excepcional gravidade do risco, há um regime jurídico próprio para a responsabilidade civil objetiva por danos nucleares (lei 6.453/77), a fim de assegurar a reparação de eventuais lesados. A regulamentação não se limita pelas leis

Atlas. 2015. p. 471.

⁶⁶ SCATOLINO, 2016. p. 899.

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, 2005. p. 227.

⁶⁸ CAVALIERI FILHO, 2005. p. 231. Vide Recursos Especiais ns. 114.398, 1.354.536, 1346.430 e 796.753.

internas, mas também por convenções e tratados internacionais. A preocupação internacional se dá pelas potenciais consequências danosas em larga escala, resultando numa opção legislativa mais severa, fundada no risco integral.⁶⁹

Por se tratar de atividade de monopólio da União, há, no Brasil, uma socialização dos riscos, tendo em vista o interesse coletivo na exploração da atividade nuclear. O Estado detém o poder de autorizar a atividade e, junto com tal poder, assume os riscos que a atividade venha a proporcionar, devendo assegurar a proteção eficaz às eventuais vítimas.⁷⁰

Pelo exposto, percebe-se que foram introduzidas normas no direito brasileiro com o propósito de assegurar o direito de ressarcimento por atividades específicas de risco, resultaram no surgimento de hipóteses em que se aplica a teoria do risco integral.⁷¹

Por fim, em matéria de responsabilidade civil do Estado, pode-se concluir que o direito positivo brasileiro consagra ambas as teorias, seja ela do risco administrativo ou integral.⁷²

1.2 RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Traçando um breve histórico acerca da responsabilidade civil nas constituições brasileiras, constata-se claramente a evolução das teorias supracitadas caminhando junto com as transformações do cenário político brasileiro.

Nas constituições do império, de 1824 e 1891, era prevista a inviolabilidade do monarca em detrimento da responsabilização do Estado. O retrato disso é o regramento disposto no Artigo 99 da Constituição de 1824, que dispõe que “a Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma.”

No período imperial, a única forma do prejudicado buscar reparação era responsabilizar o funcionário causador do dano, mediante a ocorrência de abuso ou omissão praticados no exercício de suas funções.⁷³

Posteriormente, com a ascensão dos princípios da legalidade e separação dos poderes, o movimento constitucionalista se afasta da ideia de irresponsabilidade plena do Estado, considerando o Poder Público como uma entidade isonômica frente aos seus administrados,

⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil*. 23 ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 624-625.

⁷⁰ DINIZ, 2009. p. 627-628.

⁷¹ DI PIETRO, 2016. p. 794.

⁷² MOROSINI, 2016. p. 52.

⁷³ DI PIETRO, Maria, 2016. p. 612.

Estado e cidadãos devem estar igualmente subordinados à lei.⁷⁴

O artigo 15 do Código Civil de 1916 caminha nesse sentido:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.⁷⁵

Pela leitura do artigo, resta claro o abandono à irresponsabilidade, porém a redação do artigo supramencionado deixou margem para interpretações no tocante à teoria adotada, haja vista que muitos juristas consideravam a teoria da culpa administrativa, enquanto outros defendiam a aplicação da teoria do risco, prevalecendo o entendimento da primeira teoria, na qual se admitia a responsabilização do Estado apenas para casos em que houvesse a demonstração do elemento subjetivo “culpa”.⁷⁶

A Constituição de 1937, por sua vez, manteve o mesmo entendimento. Conforme Celso Spitzcovsky, “a intenção do constituinte foi a de estabelecer uma responsabilidade solidária entre os funcionários públicos e a Administração, desde que o prejuízo tivesse sido ocasionado por estes quando no exercício de suas atribuições”.⁷⁷

Já a Constituição de 1946 trouxe modificações, rompendo os laços com o direito civilista e, por conseguinte, abandonando a teoria subjetiva da responsabilidade civil do Estado.⁷⁸

A nova interpretação prescinde do elemento subjetivo “culpa” do funcionário para a caracterização da responsabilidade estatal, passando-se, assim, a adotar a teoria da responsabilidade objetiva, como se depreende da inteligência do artigo 194 da Constituição Federal de 1946, cujo conteúdo fora repetido pelas cartas de 1967 e 1969:

[...] as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros’. Pelo parágrafo único, ‘caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes’.⁷⁹

⁷⁴ MEIRELLES, 2009. P. 661.

⁷⁵ BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 18 de jan. 2018.

⁷⁶ MEIRELLES, 2009, p. 65.

⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 498 apud SPITZCOVSKY, 2007, p. 302.

⁷⁸ ROSA, Leilane Mendonça Zavarizi da. Reflexões acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado. Florianópolis : UFSC : 1996. 123 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas - Especialidade Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 1996. Orientador(es): CARLIN, Volnei Ivo. p. 60.

⁷⁹ BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Assembleia

Por fim, a Constituição de 1988, em seu artigo 37, § 6º, dispõe da mesma maneira a respeito da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, sendo imprescindível a análise de “culpa” apenas para a ação regressiva contra os agentes públicos pela atuação lesiva:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.⁸⁰

Como já explicitado, a Constituição Federal de 1988 aplica a teoria do risco, adotando a responsabilidade objetiva ao Estado, hoje espalhada pelos ordenamentos modernos. Não mais se avalia, portanto, o mau funcionamento ou a falha da Administração Pública no serviço; ou ainda, o dolo ou culpa do agente que ocasionou o dano enquanto representante do Estado para configurar a responsabilização estatal. Pondera-se, hoje, acerca do nexo causal entre a conduta do agente e o prejuízo contraído pela vítima, ocasionados por tal conduta.⁸¹

As principais mudanças trazidas na Constituição de 1988 foram a previsão expressa da responsabilização das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, bem como a substituição da palavra “funcionários” por “agentes” públicos, a fim de ampliar a incidência da responsabilização estatal, seguindo a tendência jurisprudencial e doutrinária que a antecedeu.⁸²

A construção do dispositivo constitucional sobre responsabilidade objetiva do Estado está fundada no princípio da legalidade, assim como toda a atividade administrativa deve ser.

Segundo Hely Lopes Meirelles, a legalidade, como princípio da administração pública, significa que:

[...] o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.⁸³

Constituinte. Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso: 16/4/2018.

⁸⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso: 16/4/2018.

⁸¹ CARVALHO NETO, 2014. p. 55.

⁸² MOROSINI, 2016. p. 62.

⁸³ MEIRELLES, 2009, p. 89.

Ainda, Diógenes Gasparini define o princípio da legalidade como toda a atividade administrativa vinculada aos mandamentos da lei, sendo vedado qualquer conduta do Estado às margens da lei, sob pena de responsabilização e invalidade do ato. "Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se a anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular."⁸⁴

Assim, todos os atos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, que causarem danos devem ser reparados, como forma de contrapartida, baseada no princípio da legalidade.⁸⁵

Especialmente nos atos comissivos lícitos, o dever de reparar está fundamentado à luz do princípio da igualdade. Este princípio traz a ideia de divisão equânime dos danos advindos de atos ou efeitos lesivos, afastando a possibilidade de que os prejudicados arquem sozinhos com as externalidades negativas em prol do interesse público, isto é, para o interesse da sociedade.⁸⁶

Seguindo o preceito constitucional, o Código Civil de 2002 também regula a matéria, como pode-se ver pela leitura do seu artigo 43:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.⁸⁷

Pelo exposto, não resta dúvida alguma no que tange à adoção da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, hoje posta de maneira indubitável no ordenamento jurídico brasileiro.

A teoria objetiva busca proporcionar que eventuais danos causados a terceiros sejam ressarcidos pela administração pública, albergado nos princípios da igualdade, na justiça distributiva em que os muitos (sociedade representada pela figura do Estado) indenizem os prejuízos suportados pelos poucos (lesados pela conduta estatal). Para tanto, adotou a teoria em que se busca igualar as forças entre as partes, proporcionando, ao lesado, condições justas de se alcançar o ressarcimento devido.

⁸⁴ GASPARINI, Diógenes, *Direito administrativo*, 10. Ed, São Paulo, Saraiva, 2005, p.7-8.

⁸⁵ MELLO, 2001, p. 1015.

⁸⁶ CARVALHO NETO, 2014. p. 67.

⁸⁷ BRASIL. *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11/3/2018.

1.2.1 Estado como Sujeito Passivo do Artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988

O Estado possui personalidade jurídica, isto é, possui capacidade de contrair obrigações e aptidão para possuir direitos. Por si só, o Estado não consegue causar dano à alguém, o que não quer dizer que não pode ser responsabilizado.

A atuação estatal se dá mediante a conduta de seus agentes, pessoas físicas que representam o Estado a fim de manifestar a vontade real do ente, afinal este possui vontade própria, porém necessita de pessoas físicas para concretizá-la. Com isso, o Estado assume a posição de sujeito ativo quando o agente público que, atuando em nome do Estado, ocasione dano à terceiros.⁸⁸

Conforme preceitua o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, agentes públicos são “todas aquelas que – em qualquer nível de escalão – tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, propostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio⁸⁹”.

É através do agente que o Estado busca atender aos anseios da Sociedade. Assim, o detentor do controle, o mandatário (Estado) assumirá os riscos produzidos por seus representantes.⁹⁰

A Constituição Federal de 1988 adotou a palavra “agente” no lugar de “funcionários”, em virtude da necessidade de ampliação das pessoas físicas à serviço do Estado.⁹¹

O vocábulo “agentes” engloba não só as categorias de agentes administrativos, mas também os políticos; além dos servidores públicos e particulares que prestam serviços públicos em colaboração com o Estado, contratados das entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos, integrantes ou não da administração pública.⁹²

A preocupação constitucional com a classificação de agente público se dá pela indispensabilidade de ter a qualidade de agente público da pessoa física praticante do ato danoso. Por esse entendimento, o fato do dano ser produzido por agente que atuava fora de sua competência funcional não exime o Estado de sua responsabilização, afinal basta que o agente público esteja a serviço do Poder Público, independentemente de estar atuando fora ou

⁸⁸ CARVALHO FILHO, 2008. p. 501.

⁸⁹ MELLO, 2007. p. 992.

⁹⁰ ROSA, 1996, p. 89.

⁹¹ MOROSINI, 2016. p. 65.

⁹² MOROSINI, 2016. p. 65-66.

além de sua competência precípua.⁹³

Para quem sofre o dano, pouco importa as atribuições do agente público, basta que o agente não tenha atuado como particular, demonstrando a vinculação do agente com a Administração, a seu serviço. Ainda, caso haja abuso das funções por parte do agente, a responsabilidade estatal não é afastada, pelo contrário, presume uma má escolha do funcionário para a realização à qual fora atribuída.⁹⁴

Vale ressaltar o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a questão:

Não importará, de conseguinte, para efeitos de responsabilidade estatal, estabelecer se o agente atuou culposa ou dolosamente. Não importará, para tais fins, o saber-se se os poderes que manipulou de modo indevido continham-se ou não, abstratamente, no campo de suas competências específicas. O que importará é saber se a sua qualidade de agente público foi determinante para a conduta lesiva. Se terceiros foram lesados, em razão de o autor ser funcionário, ocorreu o bastante para desenhar-se hipótese de responsabilidade estatal.⁹⁵

Todo agente que agir de forma inadequada estará desrespeitando ao comando determinado pelo seu mandatário, neste caso o Estado, não afastando a responsabilidade objetiva deste, mas restando a ele a propositura de ação regressiva contra seu funcionário.

A ação regressiva, portanto, é o meio pelo qual o Estado atinge o agente que agiu de maneira irregular, de forma inadequada.⁹⁶ Nota-se, portanto, que o legislador brasileiro não exclui a responsabilidade do agente, pois se o este atua com dolo ou culpa, a responsabilidade é solidária entre o Estado e o agente causador do dano, cabendo à vítima optar entre propor ação de ressarcimento contra ambos ou somente àquele com maiores condições de reparar o dano - o Estado, que prescinde de demonstração de dolo ou culpa do agente.⁹⁷

Sobre a possibilidade de denúncia da lide, os processualistas adotam o entendimento de ser possível, ao passo que os administrativistas se manifestam pela sua vedação. A divergência segue no âmbito jurisprudencial, no qual o Supremo Tribunal Federal se posiciona no sentido de que a denúncia da lide seria uma faculdade, enquanto o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência dominante pela impossibilidade do referido formalismo processual, todavia, uma vez chamado ao processo o agente causador do dano,

⁹³ MEIRELLES, 2009. p. 661-662.

⁹⁴ MEIRELLES, 2009. p. 661-662.

⁹⁵ MELLO, 2007. p. 993.

⁹⁶ ROSA, 1996. p. 89.

⁹⁷ CAVALIERI FILHO, 2005. p. 33.

não há faculdade do denunciado se recusar ao chamamento.⁹⁸

Os requisitos necessários para a configuração do direito de regresso são: a) condenação da administração pública a indenizar por ato lesivo de seu agente; b) o pagamento do valor da indenização; e c) conduta lesiva, dolosa ou culposa, do agente causador do dano.⁹⁹

Finalmente, outra discussão pertinente ao caso diz respeito ao dever, ou não, do Estado exercer o seu regresso, previsto na parte final do § 6.º do artigo 37 da Constituição.

De fato, a Carta Magna não explicita a obrigatoriedade da cobrança do agente público mediante ação autônoma, somente prevê a possibilidade do Estado exercer o seu “direito de regresso”, o qual não se confunde com a ação, uma vez que ação é manifestação daquele exercício.¹⁰⁰ No entanto, há entendimento no sentido da sua obrigatoriedade, uma vez que proporcionaria acúmulo de pretensões, decididas em única sentença.¹⁰¹

Por fim, conforme explicitado anteriormente, as pessoas de direito privado prestadoras de serviço público também respondem objetivamente pelos seus atos causadores de danos, sejam elas Empresas Públicas, Sociedades de Economia mista ou concessionários e permissionários de serviço público.

Entretanto, enquanto o Estado responde diretamente sobre os danos causados por empresas públicas e sociedades de economia mista, as externalidades negativas causadoras de danos pela conduta das concessionárias e permissionárias são respondidas por elas mesmas, sendo a responsabilidade do Estado apenas subsidiária, caso o delegatário do serviço concedido, ou permitido, não tenha condições para reparar o dano causado.¹⁰²

1.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL

A responsabilidade objetiva ajuda na socialização dos riscos, e para que isso aconteça é necessária a demonstração de certos pressupostos, sejam eles: a ação, omissiva ou comissiva, lícita ou ilícita; a ocorrência de um dano; e nexo de causalidade entre o dano e a ação.¹⁰³

A supressão da culpa foi revolucionária para responsabilidade objetiva, afinal a culpa era o único elemento moral para diferenciar o dano a ser reparado e o dano normal da vida.

⁹⁸ HUMENHUK, 2016. p. 53.

⁹⁹ HUMENHUK, 2016. p. 54.

¹⁰⁰ MOROSINI, 2016. p. 71.

¹⁰¹ DIAS, José de Aguiar. *Responsabilidade civil do estado no direito brasileiro*. Revista de Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, vol. 11, 2004, p. 147-148.

¹⁰² SCATOLINO, 2016. p. 874-875.

¹⁰³ DINIZ, 2005. p. 42.

1.3.1 Dano

Grande parte dos catedráticos diz não haver responsabilidade civil sem dano. Há aqueles que aceitam responsabilidade civil sem a comprovação do dano, como uma ação punitiva, analisando apenas a conduta do agente. Esta interpretação é questionável, uma vez que a responsabilidade civil almeja estabelecer o *status a quo* da vítima, sendo este o foco, e não uma ferramenta de punição.

Seguindo esse entendimento, Cahali ensina que “é premissa da teoria geral da responsabilidade civil, e que se estende à estatal, que não pode haver responsabilidade sem dano”.¹⁰⁴ Assim, diante da evidente importância do dano no presente trabalho, reserva-se o aprofundamento do tema para o segundo capítulo do estudo, adentrando nas minúcias atinentes ao dano indenizável.

1.3.2 Nexo de causalidade

Nexo de causalidade exprime uma ligação entre a conduta estatal que produziu externalidades negativas e o dano suportado pelo administrado.¹⁰⁵ Além do ato estatal, omissivo ou comissivo, e o dano classificado com “indenizável”, precisa-se de um elo entre tais elementos. Coincidência não basta para provar o elo, deve haver efetivamente a comprovação, com rigor, que o dano foi causado por determinado ato.

O elemento “nexo de causalidade” é abordado em três diferentes teorias: teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade adequada e, por fim, a teoria do dano direto e imediato.

A teoria da equivalência das condições, elaborada pelo estudioso alemão Von Buri, mais conhecida como *conditio sine qua non*, “é aquela em que, havendo várias circunstâncias que poderiam ter causado a lesão, qualquer delas poderá ser considerada a causa eficiente.”¹⁰⁶

Independente da condição afetar mediata ou imediatamente o resultado, esta doutrina defende que a união de todos os atos levam ao resultado fatídico. Segundo a teoria, caso seja suprimida uma determinada conduta do sistema, mesmo que mentalmente, seria impossível

¹⁰⁴ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 4. Ed. rev., atual. e ampl.: Revista dos Tribunais, 2012, p. 65.

¹⁰⁵ BÜHRING, Márcia Andrea. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 120.

¹⁰⁶ PEDREIRA, 2016. p. 72.

admitir que o fato subsequente à conduta removida se daria da mesma forma. Em outras palavras, o resultado se deu de certa forma justamente em razão da sucessão de atos, sendo que a retirada de algum deles mudaria essencialmente o resultado.¹⁰⁷

Já para a teoria da causalidade adequada, nem todas as causas se equivalem, serão levadas em consideração aquelas aptas a produzir o resultado danoso. O resultado deve se adequar à causa, sendo descartadas todas as condutas que, se excluídas, não afetariam o surgimento do dano.¹⁰⁸ Há um juízo valorativo, adequando causas e efeitos, questionando pontos como: seria possível prever o resultado danoso? Seria razoável que determinada “condição necessária” causaria o dano?

A análise da *conditio sine qua non* é objetiva, no entanto, para que se defina a análise jurídica, se faz necessária a busca da subjetividade trazida pela teoria da causalidade adequada.

Por fim, a teoria da causalidade imediata defende que deve haver uma relação de causa e efeito direta e imediata entre o dano e a conduta. A teoria procura selecionar, dentre as condições que proporcionaram o resultado, a mais relevante, a determinante para a causação do prejuízo.¹⁰⁹

A causa tem possibilidade de provocar dano jurídico? Se sim, passa a analisar todas as *conditions sine qua non* e procura identificar qual é a mais próxima de gerar o dano. Difere da Teoria da causalidade adequada no tocante à avaliação subjetiva; na qual, após identificada a conduta apta a causar o resultado, avalia-se eventual previsão do resultado.

Para muitos estudiosos da responsabilidade civil, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade imediata são a mesma coisa. Destaque-se que há julgados no Superior Tribunal de Justiça que afirmam que as duas teorias são sinônimas.¹¹⁰

Pelo exposto, percebe-se que a jurisprudência brasileira adota as duas teorias, misturando-as no sentido da causalidade adequada ser decorrente do dano direto e imediato.

1.3.3 Atenuantes e Excludentes de Responsabilidade

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria do risco administrativo para a responsabilidade civil objetiva do Estado, abandonando a análise do elemento “culpa” e

¹⁰⁷ CAHALI, 2007. p. 75.

¹⁰⁸ PEDREIRA, 2016. p. 73.

¹⁰⁹ CAHALI, 2007. p. 75.

¹¹⁰ Nesse sentido, ver: STJ, REsp 325.622/RJ, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1.ª Região), Quarta Turma, j. 28.10.2008, DJe 10.11.2008.

engrandecendo o estudo do nexo de causalidade. Os contornos de importância conquistado pelo nexo de causalidade se dá pela possibilidade de se afastar o dever de indenizar afastando o vínculo existente entre conduta e dano. Excluindo o nexo causal, exclui-se o dever de indenizar. O mesmo efeito ocorre quando se tratar da atenuação do nexo, modificando a responsabilização entre os envolvidos. São causas estranhas, externas, atos necessários, inevitáveis e imprevisíveis que retiram ou atenuam a responsabilidade pela recomposição de prejuízos.¹¹¹

Embora haja divergência entre os tipos de causas que influenciam na responsabilidade civil do Estado, há aquelas que se apresentam com maior frequência, tanto na doutrina como na jurisprudência. Elenca-se, portanto, os de maior frequência: culpa ou fato exclusivo da vítima, culpa ou fato exclusivo de terceiro e o caso fortuito ou força maior. Marçal Justen Filho, por sua vez, insere o exercício regular do direito como um quarto fator, entendendo que se o agente estiver seguindo todos os seus deveres funcionais, não há motivo algum para o surgimento ao dever de indenizar^{112, 113}.

Fala-se em culpa do lesado ou fato/culpa exclusiva da vítima nas hipóteses em que a própria vítima dá causa ao dano sofrido, não o agente. Concluído que o nexo causal fora proporcionado exclusivamente pela vítima, não se fala em direito do Estado em indenizar.¹¹⁴ Se, por outro lado, ambas as condutas favorecerem a efetivação do dano, estar-se-á diante de uma atenuante, respondendo cada parte pelo seu envolvimento com a causação do dano.¹¹⁵ O mesmo acontece nos casos da fato/culpa exclusiva de terceiro, “quando não existindo um dever legal do Estado de evitar o dano, um terceiro se impõe contra a vítima causando o dano exclusivamente ou de forma concorrente¹¹⁶”, sendo discutido apenas a existência, ou não, de dever legal do Estado para impedir a causação do dano.

O maior debate na seara das excludentes de responsabilidade diz respeito ao caso fortuito e força maior. Boa parte dos doutrinadores utilizam os conceitos com indistinação, considerando-os sinônimos, sob o fundamento de que conduzam ao mesmo resultado, isto é, a exclusão da responsabilidade. Acredita-se na identidade de efeitos entre caso fortuito, ou

¹¹¹ MOROSINI, 2016. p. 85.

¹¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1412.

¹¹³ COSTA, Mateus Stallivieri. *Responsabilidade civil do Estado por omissão: Revisão da doutrina e da aplicação do instituto nos Tribunais Superiores* / Mateus Stallivieri da Costa; Orientador, Guilherme Henrique Lima Reinig. Florianópolis, SC, 2017. p. 29.

¹¹⁴ MELLO, 2011. p. 1024.

¹¹⁵ CAVALIERI FILHO, 2015. p. 504-505.

¹¹⁶ TARTUCE, 2014. p. 456.

fortuito interno, e força maior, defendendo-se que ambos possuem o mesmo efeito prático.¹¹⁷ Já para a parte da doutrina que defende a diferenciação dos institutos, força maior é um acontecimento “imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes“, como os fenômenos da natureza, a inevitabilidade capaz de afastar o nexo causal entre dano e comportamento da administração¹¹⁸, enquanto força maior seria uma força imprevisível e de causa desconhecida¹¹⁹. Dentro do caso fortuito, há os que entendem ser necessário uma nova divisão, em fortuito interno e externo, considerando apenas o externo capaz de afastar a responsabilização estatal^{120 121}.

Contudo, a importância classificatória se destaca na sociedade acadêmica, enquanto na prática forense o foco é a possibilidade da aplicabilidade de medidas capazes de evitar ou inibir o dano.¹²²

1.4 RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL POR ATOS LÍCITOS

Incontroverso o dever do Estado em indenizar aqueles que foram prejudicados por ato ilícito do agente público, mas os atos lícitos causadores de danos, devem ser indenizados?

Entra-se em nova discussão doutrinária. O ato ilícito é assim classificado quando praticado em desatenção à ordem jurídica, violando direitos e causando danos à terceiros.¹²³ Flávio Tartuce relata que o abuso de direito é um ato lícito pelo conteúdo, apesar de ilícito pelas consequências, dividindo os atos ilícitos em puros e os devidos a consequência.¹²⁴

Celso Antônio Bandeira de Mello traz que, à luz do princípio da igualdade, os comportamentos lícitos são capazes de gerar o dever de indenizar, afinal não seria justo poucas pessoas suportarem prejuízos em nome do interesse coletivo. Da mesma forma que acontece nas hipóteses de risco criado pelo Estado, o autor fundamenta que a responsabilização pelos atos lícitos é o estabelecimento de uma repartição igualitária dos prejuízos provenientes do efeito lesivo, fundamento basilar na estruturação de um Estado de Direito.¹²⁵

¹¹⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 605.

¹¹⁸ DI PIETRO, 2016. p. 798.

¹¹⁹ PEDREIRA, 2016. p. 85.

¹²⁰ MELLO, 2014. p. 1043.

¹²¹ COSTA, 2017. p. 29.

¹²² DIAS, 2006, p. 935.

¹²³ TARTUCE, 2014. p. 326.

¹²⁴ TARTUCE, 2014. p. 329.

¹²⁵ MELLO, 2010. p. 1007.

O autor separa em 4 possibilidades os atos jurídicos lícitos ensejadores de responsabilidade comissiva do Estado, sejam eles: (i) os atos jurídicos lícitos, como o fechamento legítimo e definitivo de região central da cidade para automóveis, ocasionando prejuízo financeiro aos donos de estacionamento; (ii) os atos materiais lícitos, caso dos nivelamentos de ruas e calçadas que vieram a produzir alterações físicas e ambientais aos estabelecimentos próximos; (iii) os atos jurídicos ilícitos tendo como exemplo o apreendimento injustificável de mercadorias e; por fim, (iv) os atos materiais ilícitos, citando o caso hipotético de espancamento de um prisioneiro, adquirindo limitações permanentes.¹²⁶

Sobre a discussão, Cristiana Corrêa Conde Faldini relata que “a existência ou inexistência do dever de indenizar não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano – lícita ou ilícita – mas pela qualificação da lesão sofrida”.¹²⁷ Completa Gilmar Ferreira Mendes que:

Logo, o problema da responsabilidade resolve-se no lado passivo da relação, não em seu lado ativo. Importa que o dano seja ilegítimo, não que a conduta causadora o seja. Por isso, não basta para caracterizar a responsabilidade estatal a mera deterioração patrimonial sofrida por alguém. Não é suficiente a simples subtração de um interesse ou de uma vantagem que alguém possa fruir, ainda que legitimamente. Quatro são as características do dano indenizável: 1) o dano deve incidir sobre um direito; 2) o dano tem de ser certo, real; 3) tem de ser um dano especial; e, por último, 4) há de ocorrer um dano anormal.¹²⁸

Segue o mesmo entendimento Maria Sylvia Zanella Di Pietro, expondo que o pressuposto da responsabilidade objetiva é o ato, seja ele lícito ou ilícito, causador de dano anormal e específico a certas pessoas, promovendo um desequilíbrio perante os encargos sociais.¹²⁹

Ressalta-se que, embora a doutrina caminhe nesse sentido, há o entendimento inverso, interpretando não ser admitido o ato lícito como sendo capaz de gerar responsabilização estatal, como por exemplo o doutrinador Aldo Bozzi.¹³⁰

No âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal entende ser, sim, possível a responsabilização do Estado por atos lícitos. Destaca-se passagem do acórdão de relatoria da

¹²⁶ MELLO, 2010. p. 1012.

¹²⁷ FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. *Responsabilidade do Estado pela prática de atos lícitos*, in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, nº 67/68, janeiro/dezembro de 2008. p. 99-100.

¹²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo, Saraiva, 2009. p. 892-893.

¹²⁹ DI PIETRO, 2016. p. 719.

¹³⁰ PEDREIRA, 2016. p. 108.

Ministra Carmen Lúcia, na qual expõe que o “Estado responde juridicamente também pela prática de atos lícitos, quando deles decorrerem prejuízos para os particulares em condições de desigualdade com os demais¹³¹”.

Tendo em vista que o instituto responsabilidade civil estatal almeja reparar danos, bem como o artigo 37, § 6º da Constituição Federal não especificar a qualidade do ato, apenas que o ato seja causador do dano (específico e anormal), entende-se ser possível a responsabilização civil estatal frente aos atos lícitos.

Dessa forma, após um breve esboço acerca dos conceitos da responsabilidade civil e suas peculiaridades de acordo com a doutrina, percebe-se certa divergência teórica em determinados pontos do instituto, especialmente no que tange a existência da responsabilidade em atos lícitos. Em contrapartida, constata-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de indenizar o administrado lesado pelos atos lícitos cometidos pelo Estado causadores de dano.¹³²

A partir de então, aprofunda-se o estudo na análise do elemento dano, para que, assim, consiga-se obter as ferramentas necessárias para compreender o posicionamento, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, na questão da responsabilidade civil estatal no caso de desvalorização imobiliária ocasionada pelas obras públicas.

¹³¹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 571.969/DF. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 12 de março de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6761677>>. Acesso em: 14/4/2018.

¹³² COSTA, 2017. p. 32.

CAPÍTULO II. DANO E A NOÇÃO DE EXTERNALIDADES NO DIREITO

Após investigar o desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil estatal no decorrer do tempo, passa-se ao estudo das peculiaridades do elemento dano, acrescentando em sua análise o conceito de externalidade para, assim, caracterizar a desvalorização imobiliária (externalidade negativa), produzida pela atuação estatal na implantação de determinadas obras públicas, como dano indenizável.

2.1 DANO INDENIZÁVEL

O dano é elemento essencial na caracterização da responsabilidade, porém não enseja, por si só, o dever de ressarcimento. Para que o dano seja indenizável, há a necessidade de se manifestar a violação a um bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico.¹³³

Além disso, se faz necessário, para classificar determinado dano como indenizável, a comprovação de uma lesão certa e real, isto é, indubitosa, não eventual. Fernando Noronha se utiliza do critério da produção de provas para diferenciar danos certos (reais) e danos incertos (eventuais). Enquanto os danos certos “são objeto de prova suficiente, tanto da sua verificação como da sua decorrência de um determinado fato antijurídico”, os incertos possuem “verificação duvidosa, meramente hipotética”.¹³⁴

Com efeito, o dano ressarcível não pode ser confundido com os dissabores da vida, como os aborrecimentos do cotidiano, ou ainda, genéricos, que atinjam toda a sociedade. Para a configuração de tal dano, essencial que seja um evento anormal, não genérico, deve atingir pessoa ou grupo determinado.¹³⁵

Há divergência entre os que defendem que deve haver lesão ao interesse jurídico tutelado, juntamente com as consequências, e os que entendem bastar a ocorrência da lesão ao interesse jurídico tutelado, prevalecendo o primeiro entendimento na jurisprudência.

O dano pode ser classificado em duas categorias, patrimonial ou extrapatrimonial, sendo os dois abarcados na caracterização da responsabilidade civil.

O dano patrimonial é o dano por excelência, sendo imperiosa a teoria da diferença, na qual confronta a situação atual, posterior ao evento danoso, *versus* como seria caso não

¹³³ MOROSINI, 2016, p. 78.

¹³⁴ NORONHA, 2010, p. 605.

¹³⁵ SCATOLINO, G..., 2016, p. 862.

houvesse existido o evento danoso. Tal dano se perfectibiliza no plano físico, ou seja, é necessário a obtenção de prova concreta, técnica, capaz de configurar o prejuízo, como lucros cessantes e danos emergentes.

Se o dano consiste na pré-exclusão de ganho, ou seja, não há diminuição patrimonial, e sim deixar de ganhar, a frustração da expectativa do lucro, falar-se-á em lucros cessantes. Já nas hipóteses em que há efetivamente a diminuição do patrimônio, trata-se de danos emergentes, o dano que “emergiu”, sendo analisado a diferença entre o valor do bem jurídico tutelado antes e depois advento causador do dano.¹³⁶

O dano moral, por sua vez, começa a ser discutido apenas na década de 50, antes disso apenas o dano patrimonial era considerado para efeitos de responsabilização. Hoje, é pacífico o entendimento de aceitação do dano moral como dano indenizável, conforme se percebe pela inteligência do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Muitos interpretavam que se existe dano patrimonial no caso concreto, não poderia falar em dano moral.

A prova do dano moral é muito mais complexa, por lidar com o sentimento alheio. A doutrina clássica brasileira diz que dano moral é dor, vergonha, constrangimento, causados por uma lesão a interesse juridicamente tutelado. Muitos acham que esta teoria é sofrencionista, por classificar o objeto pela sua consequência. Dor, vergonha é a consequência da lesão ao interesse jurídico tutelado, no entanto, por esta teoria qualquer ato antijurídico seria indenizado, pela conduta reprovável.

Nesse diapasão, Cavalieri Filho ensina que:

[...] só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou insensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.¹³⁷

No tocante à cumulação dos danos, a súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça entende ser possível, reconhecendo a autonomia do dano moral. Ainda, a súmula 387 admite a cumulação dos danos estéticos com os danos morais e, claro, também com os danos materiais,

¹³⁶ CAVALIERI FILHO, 2005. p. 97.

¹³⁷ CAVALIERI FILHO, 2005. p. 105.

resultando na possibilidade de cumulação tripla.

Vale destacar que não só os atos comissivos são capazes de configurar a responsabilidade estatal, pois os atos omissivos também produzem danos aos particulares. Acerca da omissão, Bandeira de Mello interpreta a responsabilidade à luz da teoria subjetiva, porém a não clássica. Para o autor, é necessário que seja analisada a falha anônima do serviço, não sendo necessário identificar a culpa do agente, mas sim a falha do sistema.¹³⁸

Por outro lado, Cavalieri considera os atos omissivos que dão ensejo à responsabilização estatal objetiva aqueles nos quais se possa constatar uma omissão específica, não genérica. Um cidadão ser assaltado seria omissão genérica, no entanto um cidadão ser assaltado na frente de policiais que presenciaram a cena e nada fizeram, é omissão específica capaz de justificar a responsabilidade objetiva do Estado.¹³⁹

Não por acaso, o Supremo Tribunal Federal decidiu reiteradamente no sentido de “considerar inaceitável a inércia e a omissão estatal em matéria de direitos fundamentais, justamente pela posição nuclear em que se encontram positivados no texto constitucional”.¹⁴⁰ Entretanto, mesmo sendo pacífico o entendimento pela responsabilização do Estado dos atos omissivos, há uma grande dificuldade de concretizar tal responsabilidade nos Tribunais brasileiros, uma vez ser penosa a tarefa de angariar prova contundente capaz de comprovar dano, conduta e nexos.

2.2 EXTERNALIDADE E DANO

Introduzido os conceitos pertinentes ao estudo da responsabilidade civil estatal, imperioso adentrar na temática das externalidades, uma vez que um dos elementos ensejadores da responsabilidade estatal é a ocorrência de dano indenizável. Assim, associa-se ao estudo do dano o conceito de externalidade, como dano indenizável.

A etimologia da palavra “externo”, conforme o dicionário de língua portuguesa, remete à ideia do “que está por fora; que vem de fora; exterior”¹⁴¹. Logo, “externalidade” seria a qualidade do que vem de fora, algo alheio à relação principal, mas que influencia ou é influenciado de alguma maneira por ela.

¹³⁸ MELLO, 2005. p. irreg.

¹³⁹ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 298.

¹⁴⁰ HUMENHUK, 2016. p. 98.

¹⁴¹ EXTERNO. Dicio. *Dicionário online de Português*. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/externo/>>. Acesso em: 17/03/2018.

O termo “externalidade” surge primeiramente nas ciências econômicas, para designar uma “situação resultante da tomada de decisões por organizações econômicas, que acarreta custos ou benefícios para outras pessoas ou organizações que não estavam envolvidas nem foram consultadas.”¹⁴²

O primeiro estudo aprofundado sobre o que se conhece hoje por externalidades foi elaborado por Alfred Marshall, visando analisar os resultados produtivos das indústrias em relação à curva de oferta e o regime de concorrência. Posteriormente, o conceito fora alargado por inúmeros autores, tornando-se gradativamente complexo à medida que o mercado consumidor se globaliza, sendo cada vez mais influenciado por fatores externos.

Segundo os autores economistas Nicholson e Snyder, em sua obra *Microeconomic Theory*, “an externality occurs whenever the activities of one economic actor affect the activities of another in ways that are not reflected in market transactions.”¹⁴³ A conduta de um agente econômico, seja particular ou estatal, pode gerar efeitos positivos ou negativos, afetando pessoas não acopladas na atividade do agente. Assim, externalidade é “o efeito experimentado por alguém, mas que deriva de ato, fato ou ação de outrem”.¹⁴⁴ Em outras palavras, são eventos que refletem benefícios ou malefícios à terceiros alheios à relação originária, são efeitos colaterais, muitos classificados como danos indenizáveis no âmbito jurídico.

Para tornar mais acessível a compreensão do conceito em estudo, o autor Hal Ronald Varian se utiliza de um exemplo clássico utilizado na economia, que seria o caso de um apicultor instalar sua produção de mel ao lado de um pomar de maçãs, ocasionando uma externalidade positiva para ambos produtores, haja vista que o pomar atrai um número maior de abelhas para o apicultor, bem como as abelhas ajudam na polinização do pomar, criando, involuntariamente, benefício mútuo às respectivas produções.¹⁴⁵

Em um mundo fictício, no qual todas as ações resultam em consequências previamente estabelecidas, como nos exemplos clássicos de metodologia educacional em que se utiliza os parâmetros “normais de temperatura e pressão”, há um isolamento da relação principal, há

¹⁴² EXTERNALIDADE. Dicio. *Dicionário online de Português*. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/externalidade/>>. Acesso em 17/03/2018.

¹⁴³ NICHOLSON W. & SNYDER, C. *Microeconomic Theory*, 11th. 2010. p. 686. Tradução Livre: Uma externalidade ocorre sempre que as atividades de um ator econômico afetam as atividades de outro de maneiras que não são refletidas em transações de mercado (tradução livre).

¹⁴⁴ SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro São Paulo, Malheiros v.133, jan. 2004, p. 7.

¹⁴⁵ VARIAN, Hal R. *Microeconomia: conceitos básicos*. Tradução Maria José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli - Rio de Janeiro: Elsevier, 2006 - 7ª reimpressão. p. 671.

uma previsibilidade. Entretanto, com o advento de fatores externos à relação principal, como variação de pressão ou temperatura, o resultado final é modificado.

Nessa sentido, visando a análise do mercado econômico, acrescenta o autor Varian que um mercado livre e competitivo proporciona um resultado eficiente na ausência de externalidades. Todavia, inseridas as externalidades, o mercado deixa de ser eficiente justamente pelos fatores alheios à relação primária, rompendo as certezas das previsibilidades lógicas, puramente mercatórias.¹⁴⁶ Uma grande, senão a maior, influenciadora no tocante às externalidades são as normas jurídicas, cujos conteúdos proporcionam grandes modificações nos ditos resultados previsíveis.

Percebe-se, assim, que o termo surgiu como um instrumento de análise de comportamento do mercado consumidor. No entanto, seu estudo não se limitou à seara econômica, uma vez que diferentes fatores influenciam o mercado.

A título ilustrativo, colhe-se o exemplo retratado pelo autor Varian, analisando as externalidades provocadas em uma convivência de dois colegas em um mesmo quarto, inserindo questões como saúde, capital e direito de propriedade:

Imaginemos dois colegas de quarto, A e B, que tenham preferências sobre “dinheiro” e “fumaça”. Suponhamos que ambos os consumidores gostam de dinheiro, mas A gosta de fumar e B gosta de ar puro.

As preferências do agente A são crescentes tanto em dinheiro quanto em fumaça, enquanto as preferências de B são crescentes em dinheiro e em ar puro - ausência de fumaça. [...]

A quantidade de fumaça é um bem para A e um mal para B, de modo que B é movido para uma posição preferível à medida que A consome menos fumaça. [...]

O dinheiro pode ser dividido entre os dois consumidores, de maneira que haverá sempre duas quantidades de dinheiro para medir, mas há apenas uma quantidade de fumaça que ambos têm que consumir. [...]

B melhora quando A reduz seu consumo do bem 2 (fumaça) - mas isso ocorre porque B passa a consumir mais do bem 2. [...]

Nesse exemplo, B melhora quando A reduz seu consumo de fumaça, uma vez que ambos os agentes têm de consumir a mesma quantidade de fumaça, que é um mal para o agente B.¹⁴⁷

Até então, o exemplo investiga a preferência e saúde dos colegas à medida que os níveis de fumaça aumentam ou diminuem, buscando o equilíbrio entre os fatores. Posteriormente, o autor insere outras externalidades que influenciam o sistema, sejam elas a dotação monetária e o direito de propriedade:

¹⁴⁶ VARIAN, 2006. p. 694.

¹⁴⁷ VARIAN, 2006. p. 672.

Acabamos de ilustrar as possibilidades de consumo dos dois colegas de quarto e suas preferências. E quanto a suas dotações? Suponhamos que ambos possuam a mesma quantia, digamos US\$100,00 [...]. A resposta para essa questão depende dos direitos legais dos fumantes e não-fumantes. Pode ser que A tenha o direito de fumar o quanto quiser e B tenha de suportar. Ou pode ser que B tenha o direito ao ar puro. Ou o direito legal entre fumaça e ar puro poderia situar-se em algum lugar entre esses dois extremos.

A dotação inicial de fumaça depende do sistema legal. Isso não é diferente da dotação inicial de bens de tipos comuns. Dizer que A tem uma dotação inicial de US\$100,00 significa dizer que A pode decidir consumir os US\$100,00, jogá-los fora ou trocar com qualquer outra pessoa. A afirmação de que uma pessoa “possui” ou “tem direito a” US\$100,00 envolve definição legal de propriedade. Do mesmo modo, se uma pessoa tiver um direito de propriedade ao ar puro, isso significa que poderá consumir ar puro, se assim desejar, ou, ainda, poderá jogá-lo fora ou vender aquele direito a alguém. Dessa forma, o direito de propriedade de ar puro não difere do direito de propriedade de US\$100,00.¹⁴⁸

A partir desse ponto, o autor busca trabalhar as hipóteses em que a situação legal, ora resguarde o direito ao ar puro, ora à fumaça, começando pela análise de que a legislação proteja o direito ao ar puro. Nesse ponto, Ronald Coase levanta a possibilidade dos colegas resolverem a situação privativamente, desde que bem definidos os direitos de propriedade e que a transação não gere custos de outra natureza senão privados. Coase traça paralelo com o mercado, alegando que a função do Estado seria garantir a definição dos direitos de propriedade, proporcionando, assim, que o mercado resolva autonomamente suas lides, ressaltando que tal hipótese não produza outros custos, senão os decorrentes da própria relação.¹⁴⁹

Aplicando a solução de Coase ao exemplo em estudo, caso o colega B possua direito ao ar puro, este poderá aceitar que o subornem, tolerando certo nível de fumaça do colega A, resolvendo o impasse internamente. Da mesma forma, caso o sistema legal proteja o direito de B fumar, caberia ao colega A subornar B para que reduza seu consumo de fumaça.¹⁵⁰

Conclui-se, assim, sobre a grande influência do direito de propriedade na produção de externalidades, mostrando que uma má definição do conceito de direito de propriedade ocasiona a grande maioria dos problemas práticos envolvendo as externalidades.¹⁵¹

O estudo da externalidade, portanto, acaba por investigar a cadeia de causa e efeito de determinado ato, para que, assim, possa-se impor ao agente o custo equivalente ao “valor das

¹⁴⁸ VARIAN, 2006. p. 673-674.

¹⁴⁹ PENALOZA, Rodrigo. Medium. *Externalidades e o Teorema de Coase*. Disponível em: <<https://medium.com/@milesmithrae/externalidades-e-o-teorema-de-coase-rodri-go-pe%C3%B1aloza-dez-2015-6ebb29f90120>>. Acesso em: 24/06/2018.

¹⁵⁰ VARIAN, 2006. p. 674.

¹⁵¹ VARIAN, 2006. P. 674.

utilidades ou recursos de terceiros que sejam por ele atingidos ou consumidos.”¹⁵² Tal imposição se traduz no dever de ressarcir eventuais externalidades que possam advir de determinada conduta causadora de dano, retratado pelos economistas como “custos”.

Segue o mesmo entendimento a escola austríaca de ciências econômicas, afirmando que as externalidades defendem “o cumprimento e a imposição de direitos de propriedade.”¹⁵³ A escola avança na análise de eventual violação à um direito de propriedade, concluindo que a produção de eventuais danos (externalidade) à propriedade privada deve ser ressarcida.

O maior ícone da Escola Austríaca, Ludwig Von Mises, ressalta a importância do direito de propriedade na seara das externalidades, analisando a exploração de terras antes e depois do advento do direito de propriedade privada. Explicita, o autor, que em uma terra sem dono, mesmo o formalismo jurídico qualificando-a como propriedade pública, seus recursos são predatoriamente explorados, não tendo a preocupação com futuros inconvenientes. Todos que possuírem condições de extrair as vantagens proporcionadas pela gleba - extração de madeira, pesca predatória, minérios, caça - farão sem se preocupar com eventuais efeitos posteriores pela atuação predatória, muitas vezes resultando na erosão do solo explorado e, por conseguinte, o esgotamento dos recursos exauríveis. Fatores como avaliar se as árvores derrubadas são frutíferas ou de reflorestamento sequer são levantados, assim como o cuidado de preservar o ecossistema nos métodos aplicados na caça e pesca.¹⁵⁴

Nesse sentido, Mises ensina:

Nos primórdios da civilização, quando ainda havia abundância de terras de qualidade não inferior à já utilizada, o uso de métodos predatórios era corrente. Quando a produtividade diminuía, o lavrador abandonava sua terra e se mudava para outro lugar. Só mais tarde, à medida que a população crescia e não havia mais disponibilidade de terra virgem de primeira classe, as pessoas começaram a considerar tais métodos predatórios um desperdício. Consolidava-se assim a instituição da propriedade privada da terra; a princípio, nas terras aráveis, e depois, passo a passo, estendendo-se aos pastos, às florestas, aos pesqueiros.¹⁵⁵

O exposto remete à teoria dos jogos, ramo da matemática aplicada que estuda modelos matemáticos de escolha para tomadas de decisão em um cenário de conflito¹⁵⁶. Uma aplicação da teoria dos jogos é o jogo da tragédia dos comuns, no qual um grupo de indivíduos age de

¹⁵² SZTAJN, 2004. p. 8.

¹⁵³ HALBROOK, Stephen. *A questão das externalidades*. 2011. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1148>>. Acesso: 13/4/2018.

¹⁵⁴ HALBROOK, 2011.

¹⁵⁵ HALBROOK, 2011 apud MISES.

¹⁵⁶ AXELROD, Roberto. *The evolution of cooperation*. Revised edition. New York-NY: Basic Books, 2006.

modo a privilegiar seus próprios interesses em detrimento dos interesses da comunidade, podendo resultar na escassez de certos recursos naturais. A estratégia adotada para a resolução do jogo foi a da cooperação alternada, no qual os indivíduos acordam em usufruírem o recurso de modo a não exauri-lo pelo uso desmedido, isto é, solução análoga à instituição do direito de propriedade (acordo), no caso acima mencionado.¹⁵⁷

Ainda sobre a teoria dos jogos, cumpre salientar o paralelo do exemplo da interação colegas de quarto, abordado por Varian, e a aplicação da teoria no caso do dilema do prisioneiro. No dilema do prisioneiro, cada jogador é incentivado a “trair” o outro jogador, porém se decidirem cooperar aumentam suas chances em conquistar um resultado mais vantajoso. O caso apresentado por Varian segue a mesma linha, no qual se os colegas de quarto decidirem cooperar, um em aceitar um pouco de fumaça e outro fumar menos mediante “suborno”, ambos chegarão a um resultado mais vantajoso.¹⁵⁸

Não resta dúvida, portanto, que o estudo das externalidades é intimamente relacionado com o instituto da responsabilidade civil, envolvendo conteúdo multidisciplinar, sendo fortemente influenciado pelo regramento jurídico.

Nessa seara, passa-se a aprofundar as externalidades provocadas pelas adoção de determinadas normas jurídicas, iniciando o estudo delineando a noção de direito de propriedade e a produção de externalidades.

2.2 EXTERNALIDADES E O DIREITO DE PROPRIEDADE

Primeiramente, destaca-se que o instituto da propriedade privada não possui um conceito estanque, único. Isso muito se deve ao fato de os regimes políticos influenciarem direta e profundamente os sistemas jurídicos em que estão inseridos; sendo necessário, portanto, uma conceitualização dinâmica, em constante processo de relativização.¹⁵⁹

Na antiguidade, como já explicitado na citação de Mises, as terras eram exploradas indiscriminadamente, o objetivo era apenas a retirada de seus recursos, ou seja, o modo de vida adotado era nômade. Com o passar dos anos, com a escassez dos recursos naturais, o homem se torna sedentário, tornando-se necessário o estabelecimento do conceito de

¹⁵⁷ COSTA, Dyego de Carvalho. *Dilema do prisioneiro: efeito das consequências individuais e culturais*. Orientadora: Profa. Dra. Laércia Abreu Vasconcelos. Dissertação de Mestrado em Ciências do Comportamento da Universidade de Brasília - UnB. Brasília/DF, 2009. p. 7.

¹⁵⁸ COSTA, 2009. p. 8.

¹⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das coisas*, vol. 5. 11. Ed - São Paulo: Saraiva, 2016. p. 224.

propriedade privada, e, juntamente com ele, a ideologia do detentor da propriedade. Sobre o tema, destaca-se o período medieval, no qual a propriedade privada ganhou tanto destaque que a riqueza de um homem era proporcional às extensões de terra em seu domínio.¹⁶⁰

Frente ao *status* conquistado pelo conceito de propriedade durante a história, como um grande instrumento na manutenção de poder, ocorre a necessidade de regulamentação sobre o instituto, objetivando resguardar os interesses de seus detentores. A partir de então, vários sistemas políticos foram adotados em diferentes países - monarquias absolutistas, presidencialismo, parlamentarismo - cada um com um tratamento diferente sobre o conceito de propriedade.¹⁶¹

Percebe-se a permanente mutação do conceito quando se contrasta o período medieval, que tratava a propriedade como um conceito absoluto, imprescritível e inalienável, com a Constituição Mexicana¹⁶², de 1917 e a República de Weimar¹⁶³, de 1919, quando o conceito deixa de ser apenas um direito e passa a ser, também, uma obrigação, no sentido de manter, cuidar da propriedade.¹⁶⁴

Essa dualidade vem à tona quando se analisa a aquisição de propriedade imobiliária nos dias atuais, quando o legislador de 1988 traz a função social da propriedade, com o fim de criar utilidade, gerar riquezas mediante o aproveitamento do solo. As propriedades deixam de ser absolutas, desvencilham do bel prazer do proprietário escolher produzir, ou não, edificar, ou não, a terra. O Estado se utiliza do instituto da função social da propriedade como instrumento de intervenção estatal na alocação de bens.¹⁶⁵

Perscrutando a evolução das Constituições promulgadas no Brasil, verifica-se que as primeiras constituições, de 1824¹⁶⁶ e 1891¹⁶⁷, tratam a propriedade como um direito absoluto.

¹⁶⁰ ASSIS, Luiz Gustavo Bambini. A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos constitucionais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 103 p. 781 - 791 jan./dez. 2008. Disponível em <file:///C:/Users/user/Downloads/67828-89259-1-PB.pdf>. Acesso: 4/4/2018.

¹⁶¹ ASSIS, 2008.

¹⁶² “[...] a Constituição estabeleceu a distinção entre a propriedade originária, que pertence à nação, e a propriedade derivada, que pode ser atribuída aos particulares. Aboliu-se, com isto, o caráter absoluto e “sagrado” da propriedade privada, submetendo-se o seu uso, incondicionalmente, ao bem público, isto é, ao interesse de todo o povo.” ROBL FILHO. Ilton Noberto. *Constituição Mexicana de 1917 e os Avanços dos Direitos Sociais no Brasil*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, 2017. Disponível em: file:///C:/Users/user/Downloads/10871-13545-2-PB.pdf. Acesso em: 14/05/2018.

¹⁶³ “A função social da propriedade foi marcada por uma fórmula que se tornou célebre: “a propriedade obriga” (art. 153, Segunda alínea).” COMPARATO, Fábio Konder. *A Constituição Alemã de 1919*. Rede de Direitos Humanos e Cultura. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>>. Acesso em: 16/05/2018.

¹⁶⁴ ASSIS, 2008.

¹⁶⁵ ASSIS, 2008.

¹⁶⁶ Art. 179 da Constituição de 1824, XXII: É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o

Posteriormente, a Constituição de 1934¹⁶⁸ atrela a propriedade ao conceito de bem-estar social, limitando-a minimamente. A Constituição de 1937¹⁶⁹, por sua vez, volta ao caráter absoluto da propriedade, concentrando os poderes na mão do presidente, sendo redemocratizada apenas em 1946¹⁷⁰, possuindo um viés voltado ao desenvolvimento social. A função social da propriedade surge apenas na Constituição de 1967, porém concretizada na Constituição de 1988, conforme mencionado alhures.¹⁷¹

Acerca do conceito utilizado pelo atual ordenamento jurídico brasileiro, Carlos Roberto Gonçalves, considerando o enunciado no artigo 1.228 do Código Civil de 2002, define o direito de propriedade como “o poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de um bem corpóreo ou incorpóreo, em sua plenitude e dentro dos limites estabelecidos na lei, bem como de reivindicá-los de quem injustamente o detenha.”¹⁷²

Ressalta-se que o legislador limita o direito de propriedade, no entanto não deixa de proteger os proprietários frente a eventuais condutas oportunistas que visam o apossamento indevido da propriedade alheia, criando um conjunto de direitos e obrigações a todos os detentores de terra.¹⁷³

O relato apresentado demonstra uma constante mutação na conceitualização da propriedade, sempre acompanhando a ideologia política adotada em cada época. No tocante às externalidades, a sua contínua ressignificação tem influenciado na produção e responsabilização.

Em um mundo onde há apenas espaços compartilhados, sem domínio de terras, não há

bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenmisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta única excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.”

¹⁶⁷ Art 72 da Constituição de 1891, § 17: O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

¹⁶⁸ Art 113 da Constituição de 1934, 17: É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

¹⁶⁹ Art 122 da Constituição de 1937, 14: A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício.

¹⁷⁰ Art. 141, § 16: É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

¹⁷¹ ASSIS, 2008.

¹⁷² GONÇALVES, 2016. p. 224-225.

¹⁷³ ASSIS, 2008.

de se falar em externalidades no mundo jurídico, uma vez que ninguém será responsabilizado por eventuais danos ocasionados, há apenas o direito de todos utilizarem ao máximo a gleba.¹⁷⁴

Já em um cenário onde há o instituto do direito de propriedade previamente estabelecido, haverão sujeitos de obrigações e deveres, sendo que em caso de desrespeito a um direito, ou até mesmo a omissão em relação a um dever, produzirá externalidades e, por conseguinte, consequências jurídicas.¹⁷⁵

Se a produção de riqueza é o bem jurídico a ser tutelado, como entende Friedman¹⁷⁶, a produção de fumaça gerada por uma fábrica não será considerada uma externalidade negativa no âmbito jurídico, pois é direito da fábrica perseguir seu lucro, embora acarrete em uma externalidade negativa em relação ao meio ambiente. No caso do bem jurídico tutelado ser o meio ambiente, além de ser caracterizada a externalidade negativa em relação ao meio ambiente, também será considerada a externalidade negativa na seara judicial, pois desrespeita o direito coletivo dos cidadãos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Constata-se, portanto, que as normas de direito positivo também são capazes de favorecer ou inibir condutas, tornando-se, assim, essencial avaliar os efeitos que determinada norma proporciona no mundo fático, seja ela de direito positivo ou institucional. Uma norma pode levar uma pessoa a se comportar de forma oportunista, utilizando a legislação para benefício próprio, bem como pode impor obstáculos a terceiros que se paute por aquela conduta facilitada ou inibida pela norma.¹⁷⁷

Sobre a influência legislativa na conduta dos indivíduos, expõe-se o exemplo da preocupação do constituinte na questão ambiental, beneficiando a propriedade de uso comum do povo em detrimento de eventuais interesses particulares, cabendo a todos o dever de cuidado. O legislador está impondo ao exercício da atividade dos cidadãos “o custo de prevenir danos que recaem sobre terceiros, com o que a externalidade desaparece, tornando-se

¹⁷⁴ HALBROOK, 2011 apud MISES.

¹⁷⁵ HALBROOK, 2011.

¹⁷⁶ Friedman é contrário a qualquer ação empresarial que não seja voltada aos interesses econômicos da própria empresa de maneira a não lesar o acionista. Ao desviar-se do seu objetivo de gerar lucro, o executivo estará disponibilizando recursos da empresa que resultarão na redução do lucro. Para Friedman, o papel social da empresa deve se restringir a gerar empregos, pagar salários justos e manter seus impostos em dia. Com isso, ela contribui com o bem-estar público. MONTANA, Patrick J.; CHARNOV, Bruce H. *Administração*. São Paulo: Saraiva, 1998. Disponível em:

<http://www.ie.ufri.br/gema/pdfs/perfil_e_panorama_atual_da_responsabilidade_social_empresarial.pdf>

Acesso em: 11/6/2018.

¹⁷⁷ SZTAJN, 2004, p. irreg.

em internalidade¹⁷⁸”.

O causador do perigo deve arcar com as despesas necessárias para extinguir ou minorar eventuais danos, uma vez que se beneficia com a atividade poluidora. Nesse diapasão, ensina José Rubens Morato Leite sobre o princípio do poluidor pagador:

O princípio do poluidor-pagador (PPP) impõe a internalização, pelo próprio poluidor, dos custos necessários à diminuição, à eliminação ou à neutralização do dano realizado no processo produtivo ou na execução da atividade. Isso porque aquele que lucra com uma atividade é quem deve responder pelo risco ou pela desvantagem dela resultante. Tal princípio impede que ocorra a privatização dos lucros e a socialização dos prejuízos, procurando corrigir as externalidades negativas trazidas pela atividade poluidora. Assim, o poluidor deve internalizar os custos ambientais e reparar os danos causados de forma intolerável.¹⁷⁹

A escolha legislativa privilegia o meio ambiente, inibindo condutas que possam vir a causar externalidades negativas a ele. Da mesma forma que inibe, as normas podem estimular determinadas condutas, como ocorre com as leis de incentivo fiscal, que resultam em abrir mão de determinado tributo com o objetivo de incentivar certas condutas, como beneficiar o esporte, cultura e social.

Conclui-se, então, que a escolha legislativa adotada estimulará ou inibirá condutas, resultando, juntamente, na criação de direitos e obrigações que refletem em benefícios ou malefícios àqueles que suportam tais externalidades.

Diante do exposto, vê-se a importância de uma boa definição dos direitos de propriedade, restando claro os direitos e deveres atinentes a cada indivíduo, sendo que eventual violação do direito de propriedade acarretará no dever de ressarcir, resultando na internalização, pelo causador do dano, da externalidade, suportada pelo prejudicado.

2.3 DESVALORIZAÇÃO IMOBILIÁRIA COMO EXTERNALIDADE NEGATIVA

Como já discutido as externalidades são nada mais do que reflexos, consequências ocasionadas por determinada conduta. Para cada ação praticada há um objetivo perseguido,

¹⁷⁸ SZTAJN, 2004, p. irreg.

¹⁷⁹ MORATO LEITE, José Rubens. *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 102. Ainda sobre o princípio do poluidor-pagador, expõe-se os ensinamentos de Cristiane Derani: “Durante o processo produtivo, além do produto a ser comercializado, são produzidas “externalidades negativas”. São as chamadas externalidades porque, embora resultante da produção, são recebidas pela coletividade, ao contrário do lucro, que é percebido pelo produtor privado. Daí a expressão “privatização de lucros e socialização de perdas”, quando identificadas as externalidades negativas. Com a aplicação do princípio do poluidor-pagador, procura-se corrigir este custo adicionado à sociedade, impondo-se sua *internalização*”. DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 143.

um resultado previamente desejado. Entretanto, a conduta pode produzir efeitos colaterais, imprevistos que podem trazer resultados ora positivos, ora negativos à relação originalmente estabelecida.

Nesse sentido, cada ação, ou omissão, praticada por um indivíduo causará efeitos, tanto na sociedade como no mundo jurídico. Com o enfoque em tais consequências involuntárias geradas por uma conduta é que se debaterá acerca da depreciação imobiliária, tratada como uma externalidade negativa.

Muitas são as possibilidades de uma conduta gerar, mesmo que involuntariamente, externalidades negativas. Um agente, mesmo alheio à sua atividade produtora, pode ocasionar prejuízos a outras empresas ou pessoas em sua volta.

Malefício, prejuízo, dano, desvantagem são substantivos que exprimem a ideia de uma externalidade negativa. No caso das depreciações imobiliárias, estas podem se dar em situações de desgaste pelo uso do imóvel no decurso do tempo, pela diminuição da vida útil ou, ainda, pela ação de terceiros, como vandalismo, ação da natureza ou interferência do Estado.

Todos os imóveis são suscetíveis a variação de preço, a depender de questões de oferta e procura, localização, metragem, benfeitorias, condições físicas do imóvel, além de outras externalidades que modificam o estado ou qualidade do bem. Segundo o Engenheiro José Lopes, em palestra proferida no Congresso Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia, o cálculo da depreciação imobiliária possui determinados métodos, dentre os quais se destacam os da linha reta, do valor decrescente e de Kuentzle¹⁸⁰, métodos, estes, que buscam trabalhar com os elementos objetivos, para dar ares de cientificidade à sua realização. Todavia, outras externalidades influenciam na quantificação do bem, mesmo que sejam razões subjetivas, como segurança, lazer, praticidades que a localidade proporciona, dado que tais fatores, por muitas vezes, são mais relevantes do que o próprio imóvel.

No presente momento, destacar-se-á a desvalorização imobiliária como externalidade negativa produzida pela conduta estatal. Nesse sentido, inúmeras são as possibilidades de ações do Estado que possam interferir nos valores imobiliários. Seja por ato comissivo ou omissivo, devido a uma larga atuação na sociedade, o Estado frequentemente produz externalidades. Cita-se, a título exemplificativo, o crescimento desordenado e a omissão do

¹⁸⁰ LOPES, José Tarcisio Doubek. *Depreciação de Edificações*. XVII Congresso Brasileiro de Engenharia de Avaliações e Perícias. Florianópolis, 2013. Disponível em: <<http://ibape-nacional.com.br/site/wp-content/themes/Nicol/documentos-xvii-cobreap/Deprecia%E7%F5es.XVII%20COBREAP.2013%20-%20Joe%E9%20Tracisio.pdf>>. Acesso em: 11/03/2018.

Poder Público em destinar corretamente a ocupação do solo urbano.

Visando atender ao bem comum, privilegia-se o interesse público em detrimento do privado, tendo em vista a missão social do Estado em cumprir a ordenação dos espaços habitáveis.¹⁸¹ Ocorre que, por muitas vezes, o Estado não cumpre sua missão constitucional, permitindo a ocupação desordenada nas cidades, resultando em desvalorização nos imóveis adjacentes às ocupações clandestinas.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não vacila em afirmar "que o Município tem o poder-dever de agir para fiscalizar e regularizar loteamento irregular, pois é o responsável pelo parcelamento, uso e ocupação do solo urbano, atividade essa que é vinculada, e não discricionária."¹⁸²

Buscando-se o exemplo da cidade do Rio de Janeiro, onde o processo de ocupação urbana vem ocorrendo com celeridade ao longo das últimas décadas, constata-se que a omissão estatal produz externalidades negativas, destacando-se a desvalorização imobiliária.¹⁸³

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro possui entendimento não pacificado, divergindo em suas decisões sobre a desvalorização imobiliária frente à este processo, ora fundamentando que a problemática decorre da omissão estatal, ora colocando-o como fruto do risco de se viver em sociedade, não sendo possível frear tal processo "natural".¹⁸⁴

A base de argumentação dos proprietários de imóveis desvalorizados pelo processo de ocupações clandestinas é fundada na alegação de fato notório, seguindo a base de queda na

¹⁸¹ Referente à responsabilidade dos municípios, ensina José Afonso da Silva: "A ordenação do uso e ocupação do solo é um dos aspectos substanciais do planejamento urbanístico. Preconiza uma estrutura mais orgânica para as cidades, mediante a aplicação de instrumentos legais de controle do uso e da ocupação do solo - com o quê se procura obter uma desejável e adequada densidade populacional e das edificações nos aglomerados urbanos. Esses instrumentos legais traduzem-se em instituições e institutos jurídicos de direito urbanístico relativos à ordenação e ocupação do solo, que, em geral, se têm englobado sob o conceito de "zoneamento do solo" - empregada essa expressão em sentido largo, como "instrumento legal utilizado pelo Poder Público, para controlar o uso da terra, as densidades de população, a localização, a dimensão, o volume dos edifícios e seus usos específicos, em prol do bem-estar geral"; ou, ainda, como "a divisão de uma comunidade em zonas para o fim de regular o uso da terra e dos edifícios, a altura e o gabarito das construções, a proporção que estas podem ocupar e a densidade da população". SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 235.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 447.433*. Relatora Ministra Denise Arruda, Brasília, 22 de junho de 2006. p. 178.

¹⁸³ MOTTA, Bruno Rodrigues. *Responsabilidade civil do Estado pela desvalorização imobiliária*. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1211290361174218181901.pdf>>. Acesso em: 31/01/2018. p. 10.

¹⁸⁴ MOTTA. p. 16.

cobrança dos IPTU's.¹⁸⁵

Pelo exposto, resta incontroverso que a omissão estatal frente ao seu dever de ordenação territorial produz externalidades negativas. Contudo, a responsabilidade das consequências ocorridas pela omissão vacila na seara jurisprudencial, existindo decisões que defendem a não ocorrência da omissão estatal, ainda que seja explícito o poder-dever do Poder Público em ordenar o solo urbano.

Analogamente à desvalorização ocorrida pela ocupação desordenada, a violência urbana é outro fator que promove a baixa nos preços dos imóveis. A omissão/defasagem do Poder Público em promover a segurança e bem-estar aos cidadãos resulta em locais evitados para se viver.¹⁸⁶

O decréscimo patrimonial proporcionado por certas condutas estatais apresentam, de fato, um prejuízo, um dano a determinados particulares, uma vez que estes inevitavelmente absorverão as externalidades negativas. Há uma conduta, omissiva ou comissiva, do Estado; surge o dano; existe nexo entre a conduta e o dano. Ainda assim, o dever de ressarcir ainda não é pacífico. O grande desafio do prejudicado reside na demonstração de que o dano é indenizável, tarefa de difícil comprovação, principalmente nos casos omissivos.

As externalidades, portanto, podem existir no mundo fático, porém a responsabilização delas dependem fortemente da legislação, e mais que isso, dos interpretadores desta.

Em matéria de ato comissivo, a desvalorização imobiliária pode ser causada pelos danos decorrentes de obras públicas, tema que será objeto de análise do último capítulo do presente trabalho.

2.4. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA E A EXTERNALIDADE POSITIVA

Apresentada a desvalorização imobiliária ocasionada pela atuação estatal como externalidade negativa, expõe-se a valorização imobiliária proporcionada pela conduta estatal como externalidade positiva, objeto de debate da contribuição de melhoria, para que, assim, consiga-se traçar um paralelo entre o fato gerador da exação do tributo e o dever do Estado em indenizar eventual desvalorização ocasionada pela instalação de suas obras públicas.

¹⁸⁵ MOTTA. p. 16.

¹⁸⁶ MOTTA. p. 12-16.

2.4.1 Origem

No ano de 1605, na Inglaterra, a coroa inglesa providencia a retificação e saneamento das margens Rio Tâmsa, estimulando o incremento da atividade econômica ribeirinha e tornando o Rio mais navegável. Proprietários dos imóveis às margens do Rio Tâmsa não mais sofreriam com as externalidades negativas proporcionadas pelo Rio, como sujeira e os constantes alagamentos, obtendo, por fim, grande valorização imobiliária, fruto da realização da obra da realeza.¹⁸⁷

A fim de sanar o enriquecimento sem causa, a coroa inglesa instituiu a *betterment tax*, tributo devido pelos beneficiários pela obra. Assim nascia o tributo da contribuição de melhoria, tributo responsável pelo financiamento de obra de grande vulto, mas de pouca aplicação até então.¹⁸⁸

Na sequência dos fatos, em 1851, no Tribunal de New York, o juiz Ruggles confirma a constitucionalidade da contribuição de melhoria como manifestação do poder fiscal. A partir de então, com os adventos das duas grandes guerras e a grande depressão americana, os Estados Unidos buscaram nos chamados *special assessments* a solução para financiar grandes construções de infraestrutura nos períodos conturbados. Em 1946, a título exemplificativo, as cidades americanas de mais de 25 mil habitantes arrecadaram US\$ 31 mil só na cobrança de contribuição de melhoria, sem mencionar a necessidade da Europa para a reurbanização das cidades após a segunda grande guerra.¹⁸⁹

Os grandes marcos Ingleses e Americanos supracitados se aproximam da ideia do que hoje conhecemos pelo tributo da contribuição de melhoria. Contudo, em consagração à digressão histórica, a contribuição de melhoria detém precedente muito mais remoto, com menção no *Digesto* e nas Ordenações Manuelinas, nas quais havia referência de cobrança de finta para “fazimento ou refazimento de muros, pontes e calçadas”.¹⁹⁰

No cenário brasileiro, a primeira aparição do instituto fora na Constituição de 1934. Logo em seguida, na carta magna de 1937, a contribuição de melhoria desaparece, dando ares de que o instituto havia sido englobado nas taxas. Todavia, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal continuou entendendo pela constitucionalidade do tributo como contribuição

¹⁸⁷ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário* - 11. ed. rev atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2017. p. 76.

¹⁸⁸ ALEXANDRE, 2017. p. 77.

¹⁸⁹ BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. Ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 571.

¹⁹⁰ BALEEIRO, 2010. p.570-571.

de melhoria.¹⁹¹

A Constituição de 1946, por sua vez, retoma expressamente a exação do tributo com estatutura constitucional, trazendo, ao país, limites globais e individuais de cobrança.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 aborda o tema em seu artigo 145, III, mas de forma um tanto genérica, trazendo a seguinte redação: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) III – contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.”¹⁹²

2.4.2 Conceito e Princípios Fundantes

A contribuição de melhoria é um tributo *sui generis*, o legislador constituinte optou distinguir o instituto frente às taxas e impostos. É um tributo com suas peculiaridades, com matiz próprio e específico, recebendo tratamento constitucional diferenciado das demais espécies tributárias.¹⁹³

O autor Aliomar Baleeiro ensina que a contribuição de melhoria “não é a contraprestação de um serviço público incorpóreo, mas a recuperação do enriquecimento ganho por um proprietário em virtude de obra pública concreta no local da situação do prédio”.¹⁹⁴ Assim, não se confunde taxa e contribuição, pois, embora ambas necessitem de atuação estatal, as taxas estão vinculadas a um serviço público específico e divisível, ou ao exercício do poder de polícia, enquanto a contribuição de melhoria está vinculada à obra pública beneficiadora de determinados imóveis.¹⁹⁵

Sacha Calmon Navarro Coêlho destaca a opção legislativa pela contribuição de melhoria recuperadora, “a posteriori, do custo da obra pública valorizadora, tendo por base de cálculo geral o custo total da obra, a ser repartido, no todo ou em parte, conforme a lei, entre os contribuintes.”¹⁹⁶

Portanto, a contribuição de melhoria se dá pela valorização das propriedades adjacentes à obra, sendo que a sua valorização é diretamente proporcional à melhoria que

¹⁹¹ BALEEIRO, 2010. p.570-571.

¹⁹² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. Distrito Federal: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso: 16/4/2018.

¹⁹³ BALEEIRO, 2010. p. 570.

¹⁹⁴ BALEEIRO, 2010. p. 570.

¹⁹⁵ BALEEIRO, 2010. p. 580.

¹⁹⁶ COÊLHO, Sasha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro* - Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 98.

advenha da obra pública.

A melhoria nos remete a ideia de elevação de algo para um estado ou condição superior. É o oposto de pioria. Ressalta-se que o vocábulo melhoria se refere à consequência que a obra pública gera nos imóveis afetados pela obra pública, nunca à obra em si.¹⁹⁷

“A valorização é a medida da melhoria”, é necessário uma ligação, um elo entre a valorização e a melhoria, caso contrário, não se fala em contribuição de melhoria, uma vez que a simples realização da obra não legitima a exação do tributo.¹⁹⁸

O fundamento do tributo em estudo, comum às taxas, está vinculado a uma atuação estatal, que possa ser referível a um indivíduo, ou a um determinado grupo de indivíduos. A atuação estatal não será financiada por tributos gerais, como ocorre com os impostos, cobrados por toda a coletividade, e sim por tributos específicos exigidos aos indivíduos afetados, diretamente e positivamente, pela obra.¹⁹⁹

Percebe-se que a contribuição de melhoria depende da produção de externalidades positivas, e vincula a atuação estatal que, por reflexo, se relaciona com o indivíduo, através da valorização de sua propriedade.

Nem sempre a realização de obra pública irá resultar na cobrança do tributo, uma vez que nem sempre existirá a mais valia no imóvel, muito pelo contrário, pode ocorrer a desvalorização da propriedade, dando ensejo ao pedido de restituição contra o Estado. Nesse sentido, baseando-se no mesmo fundamento lógico apresentado para justificar a exação da contribuição de melhoria, a coletividade não deve financiar obras que enriquecem determinado grupo de indivíduos, da mesma forma não poderá empobrecer tal grupo, para financiar obra de interesse público.²⁰⁰

Principiologicamente falando, Eduardo Sabbag expõe que o alicerce da contribuição de melhoria está na “proporcionalidade ao benefício especial recebido, em decorrência da obra pública”.²⁰¹ Kiyoshi Harada, por sua vez, relata o princípio da equidade, uma vez que injusto seria toda a comunidade arcar com o custo decorrente de obra que beneficiará diretamente apenas um grupo limitado de pessoas.²⁰² Ainda, Geraldo Ataliba faz menção ao princípio da atribuição da mais-valia imobiliária produzida pela realização da obra pública,

¹⁹⁷ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 18. ed. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 69.

¹⁹⁸ AMARO, 2012. p. 69.

¹⁹⁹ AMARO, 2012. p. 70.

²⁰⁰ AMARO, 2012. p. 70-71.

²⁰¹ SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário* – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 616.

²⁰² HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 7. Ed.. São Paulo: Atlas. 2000. p. 257.

afinal se a obra gera valorização e o proprietário não concorre para ela, haverá enriquecimento sem causa, sendo devida a cobrança do tributo a fim de impedir o lucro sem esforço.²⁰³

Hugo de Brito Machado defende que o tributo é um instrumento de “realização do ideal de justiça”, almeja especificamente a redistribuição igualitária, evitando uma injusta repartição das vantagens proporcionadas pelas obras públicas.²⁰⁴ Já Ricardo Lobo Torres menciona que a contribuição de melhoria está ligada a ideia de justiça fiscal, subordinada ao princípio do custo/benefício. O custo da administração e o benefício do contribuinte são redistribuídos a fim de equilibrar a equação.²⁰⁵

Em suma, segundo Eduardo Sabbag, a contribuição de melhoria busca evitar o enriquecimento sem causa do particular, respaldando-se no fundamento moral de que se deve ressarcir o erário público pela vantagem econômica especial adquirida, ainda que o beneficiado não queira receber a dita vantagem.²⁰⁶

Assim, a atuação estatal que produzir externalidades positivas, traduzíveis em “valorização”, para particulares detentores de imóveis de determinada localização, caberá a cobrança de contribuição de melhoria, desde que precedida de lei, recuperando, assim, o valor despendido na execução da obra, na proporção que ocorra a valorização dos imóveis.²⁰⁷

2.4.3 Fato gerador e Base de cálculo

Inicialmente, a *betterment tax* inglesa, assim como a *special assessment*, possuíam fato gerador distinto do adotado hoje em dia, afinal nos primórdios do instituto, o fato gerador era baseado na melhoria abstrata, isto é, uma melhoria genérica na vida dos proprietários dos imóveis beneficiados.²⁰⁸

Atualmente, é pacífico que o fato gerador do tributo contribuição de melhoria é a valorização efetiva do imóvel. Embora o texto constitucional de 1988 não faça menção ao termo “valorização”, e a Emenda Constitucional 23/83 faça referência à expressão “imóveis beneficiados”, nada impediu à jurisprudência sinalizar a imprescindibilidade da “valorização

²⁰³ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*, 6. Ed., São Paulo: Malheiros. 1995. p. 176-177.

²⁰⁴ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 29. Ed. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 435.

²⁰⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*, 12. Ed.. Rio de Janeiro: Renovar. 1993. p. 408.

²⁰⁶ SABBAG, 2017. p. 617.

²⁰⁷ MACHADO, 2008. p. irreg.

²⁰⁸ SABBAG, 2017. p. 613.

imobiliária”, conforme depreende-se da leitura da ementa do Supremo Tribunal Federal²⁰⁹:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (...) Não obstante alterada a redação do inciso II do art. 18 pela EC n. 23/83, a valorização imobiliária decorrente de obra pública – requisito ínsito à contribuição de melhoria – persiste como fato gerador dessa espécie tributária. (...) ²¹⁰

Ainda, colhe-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. FATO GERADOR. BASE DE CÁLCULO. REQUISITOS DA VALORIZAÇÃO OU DE ESPECÍFICO BENEFÍCIO. ARTIGO 18, II, CF/67 (EMENDA 23/83) (...) 2. Ilegalidade do lançamento de contribuição de melhoria baseado no custo, sem a demonstração dos pressupostos de valorização ou específico benefício, consequente da obra pública realizada no local de situação do imóvel. (...) ²¹¹

Portanto, ambas as cortes entendem que ao tributo se vincula ao requisito da valorização imobiliária. O custo da obra, analisado isoladamente, não é suficiente para a cobrança.

Eduardo Sabbag ensina que “o fato gerador da contribuição de melhoria é a valorização imobiliária decorrente de uma obra pública. A valorização imobiliária é parte da hipótese de incidência do tributo, sem a qual o fato gerador não se completa.”²¹²

Segundo o autor, o fato gerador da contribuição de melhoria possui dois elementos que necessariamente devem estar presentes para a exação do tributo, sejam eles: a necessidade de valorização, pois a obrigação do tributo não decorre simplesmente da execução da obra, e sim a valorização por ela proporcionada, deve haver conexão entre obra e valorização; bem como a necessidade de que a valorização ocorra sobre bens imóveis, conforme o disposto no Decreto-Lei n. 195, de 1967, legislação que trata do assunto específico da Contribuição de Melhoria.²¹³

No mesmo sentido, Aliomar Baleeiro defende que é indispensável que em decorrência da obra, em uma relação de causa e efeito, aumente positivamente o valor do imóvel. Não há tal aumento se ele decorrer apenas da desvalorização da moeda.²¹⁴

²⁰⁹ SABBAG, 2017. p. 624.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 115.863/SP*. Relator Ministro Célio Borja, Brasília, 29 de janeiro de 1991.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Especial n. 114.069*. Relator Ministro Milton Luiz Pereira, Brasília, 15 de abril de 1994.

²¹² SABBAG, 2017. p. 619.

²¹³ SABBAG, 2017. p. 620-621.

²¹⁴ BALEEIRO, 2010. p. 580.

Ainda, Geraldo Ataliba expõe que a contribuição de melhoria imprescinde de dois núcleos: a atuação estatal (obra pública) e o benefício. Tais núcleos são igualmente relevantes, isto é, faz-se necessário que haja “benefício-valorização do imóvel do contribuinte decorrente de obra pública”, sendo que a base de cálculo será “o valor do benefício auferido, limitado pelo custo da obra”.²¹⁵

A Constituição de 1967 trouxe o limite total do tributo, o custo da obra, cabendo à lei a delimitação do limite individual. Posteriormente, com a Emenda n. 1, de 1969, acrescentou o limite individual da contribuição de melhoria, sendo considerado o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado. No mesmo caminho segue o artigo 81 do Código Tributário Nacional, anterior inclusive à Constituição de 1967, estabelecendo tal limite individual. Vale notar que os limites supracitados ainda são utilizados atualmente.²¹⁶

Sobre a lista de obras posta no artigo 2º do Decreto-Lei n. 195/67 para a exação do tributo, grande parte da doutrina entende que a lista é exemplificativa, admitindo-se que outras obras públicas possam gerar valorização imobiliária. No entanto, há aqueles que entendem se tratar de rol taxativo, como explicita o autor Baleeiro: “A lista de obras do artigo 2º do Decreto-Lei nº 195/67 é taxativa, mas abrange pela compreensão tudo quanto nela se contém ou a integra por conexão”²¹⁷.

Ainda para a exação do tributo, é necessário que a obra em comento seja permanente, não englobe as obras temporárias. Ademais, o fato gerador da contribuição de melhoria é instantâneo, ocorre apenas uma única vez, tornando o pagamento único, realizado ao término da obra, uma vez que a conclusão da obra é condição para a cobrança do tributo, conforme interpretação do artigo 9º do Decreto-Lei n. 195/67.²¹⁸

Por fim, é necessário publicar previamente o edital, com relação à data da obra pública, além de conter: memorial descritivo do projeto, orçamento do custo da obra, determinação da parcela do custo da obra a ser financiada pela contribuição, delimitação da zona beneficiada e determinação do fator de absorção do benefício da valorização para toda a zona ou para cada uma das áreas diferenciadas, nela contidas.²¹⁹

Tem-se no fato gerador da contribuição de melhoria um exemplo de externalidade positiva proporcionado pelas obras públicas. Quando o administrador público opta pela

²¹⁵ ATALIBA, 1964. p. irreg.

²¹⁶ BALEIRO, 2010. p. 581-582.

²¹⁷ BALEIRO, 2010. p. 580.

²¹⁸ SABBAG, 2017. p. 624.

²¹⁹ SABBAG, 2017. p. 627-628.

realização de determinada obra pública, seu propósito não é o da valorização dos imóveis adjacentes da obra estatal, muito pelo contrário, seu escopo é o de proporcionar o objetivo da República previsto no artigo 3º da Constituição Federal, ou seja, o desenvolvimento nacional.

A mais-valia proporcionada pela ação estatal é, portanto, um reflexo, um efeito colateral do objetivo principal, o que chamamos de uma externalidade. Esta externalidade positiva é caracterizada pelo Estado como um enriquecimento sem causa, por ser uma obra destinada à coletividade que beneficiará financeiramente determinados cidadãos. Assim, à luz do princípio da igualdade, os poucos beneficiados pela obra devem “devolver” o benefício à sociedade através do pagamento do tributo conhecido como contribuição de melhoria.

2.5 Externalidades e o Novo Direito Administrativo

Após a introdução do conceito de externalidade, da análise de sua origem, de sua aplicação na atividade econômica e de sua íntima relação com o direito de propriedade e as consequências proporcionadas pelo mundo jurídico, passa-se a analisar o sujeito causador das externalidades, a parte passiva das demandas indenizatórias, ou seja, o Estado.

A doutrina política “moderna” atribui o termo Estado para configurar “sociedades políticas organizadas e permanentes”. Na concepção de Paulo Bonavides, o Estado seria “a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando”²²⁰.

Dalmo de Abreu Dallari relaciona o conceito de Estado com a noção de “bem comum”. A luz da Carta Encíclica Paz na Terra do Papa João XXIII, o “bem comum” pode ser considerado como o “conjunto de todas as condições de vida social que consistam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”. A partir de então, Dallari trata o Estado como a “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.²²¹

Portanto, tendo em vista que o estabelecimento do Estado visa perseguir a felicidade, o bem comum, o interesse público, é necessário que este pratique ações na sociedade para que atinja seus objetivos. Nesse sentido, muitas dessas ações acabam por gerar externalidades, cabendo ao Direito Administrativo a tarefa de rever seus atos, almejando a justiça de suas ações.

²²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 13. Ed. São Paulo. Malheiros, 2006. p. 57-68.

²²¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 118.

Para tanto, pondera-se sobre a fundamentação principiológica aplicada na atuação estatal, debatendo mormente sobre o princípio da supremacia do Interesse Público, prerrogativa da administração pública embasadora de toda a atuação estatal.

Muitos são os princípios que regem a atuação da administração pública, os quais se destacam os dispostos no artigo 37, caput, da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além dos princípios explícitos, e não menos importantes, há uma gama de princípios implícitos espalhados pela legislação brasileira, dentre eles, destacam-se os princípios da finalidade, proporcionalidade, razoabilidade e supremacia do interesse público.

Nas palavras de José Cretella Júnior, “princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, nesse sentido, são alicerces da ciência²²²”.

Destaca-se, também, o ensinamento do Professor Cristóvam sobre a importância dos princípios constitucionais para a racionalização do sistema normativo:

Os princípios constitucionais são normas que sustentam todo o ordenamento jurídico, tendo por função principal conferir racionalidade sistêmica e integralidade ao ordenamento constitucional. Podem ser expressos mediante enunciados normativos ou figurar implicitamente no texto constitucional. Constituem-se em orientações e mandamentos de natureza informadora da racionalidade do ordenamento e capazes de evidenciar a ordem jurídico-constitucional vigente. Não servem apenas de esteio estruturante e organizador da Constituição, representando normas constitucionais de eficácia vinculante na proteção e garantia dos direitos fundamentais.”²²³

Portanto, princípios são postulados normativos que fundam o sistema jurídico-constitucional, expondo a proteção de direitos fundamentais e a concretização dos principais ideais pretendidos pelo legislador. Distinguem-se das regras no tocante à natureza jurídica, pois as regras são mandamentos precisos, aplicáveis a determinadas situações específicas, e os princípios, por sua vez, são mandamentos amplos, gerais, aplicáveis a um número incerto de situações, servindo como bússola, norteando todo o sistema.²²⁴

Nota-se que os princípios são a base de todo o ordenamento jurídico, seguindo de guia

²²² CRETELLA JÚNIOR, José. *Fundações públicas*. Revista de Informação Legislativa, ano 26, nº 101, p. 173-182, jun./mar. 1989.

²²³ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 89.

²²⁴ BERNARDO, André Luiz de Jesus. *Sobre a (im)prescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos causados ao erário por ato de improbidade administrativa*; Orientador, José Sérgio da Silva Cristóvam. Florianópolis, SC, 2017. p. 23.

para toda a lógica do sistema normativo. Frente ao destaque adquirido pelo princípio da supremacia do interesse público na atuação estatal, a fim de justificar certos privilégios, focar-se-á o debate sobre a problematização do princípio e a necessidade de sua superação.

2.5.1 O princípio da Supremacia do Interesse Público e a necessidade de sua superação

Com o intuito de analisar de forma acurada o princípio da supremacia do interesse público, é importante apresentar o conceito de "interesse público" elaborado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem.²²⁵

Ou seja, não é a soma de interesses dos indivíduos, muito menos a soma de interesses da maioria, e sim o conjunto de interesses daqueles que compõem a sociedade e, sabendo de sua integração na sociedade, adotam posições conforme o bem coletivo.²²⁶

Ainda segundo o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, dentro da conceituação do interesse público existe a demarcação de níveis de interesse público, dividindo-se em primário e secundário. Aquele, também conhecido como interesse público propriamente dito, seria o pertencente à sociedade como um todo, sendo o Estado o representante do corpo social. Já este compreende apenas ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada. Seria o interesse do Estado, que deve estar em consonância com o interesse primário, sendo, no entanto, distintos entre si.²²⁷

Martin Junior, por sua vez, traz uma abordagem mais contemporânea sobre a temática, expondo a multiplicidade de interesses públicos²²⁸:

O interesse público além de refletir o interesse da coletividade em si mesma considerada e ser amparado pelo ordenamento jurídico vigente deve ser ainda reflexivo aos valores constitucionais dominantes como aqueles que a Constituição Federal de 1988 se refere em seu preâmbulo e nos preceitos cardinais dispostos, entre eles os arrolados nos princípios e nos objetivos fundamentais.²²⁹

²²⁵ MELLO, 2016. p. 62.

²²⁶ BERNARDO, 2017. p. 24.

²²⁷ MELLO, 2016. p. 102.

²²⁸ BERNARDO, 2017. p. 25.

²²⁹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 498-499.

Frisa-se que a noção de interesse público não é estanque, muito pelo contrário, ela se amolda à evolução histórica do Estado de Direito. No Estado liberal de direito, almejava-se a proteção das liberdades individuais, sendo que o interesse público era o de garantir as vontades particulares, sobrepondo-se aos interesses estatais. Já no Estado social de direito, mudou-se o cenário frente às crescentes desigualdades sociais, buscando-se maior intervenção do Estado com o intuito de perseguir o bem-comum, a exigir que as vontades individuais pudessem funcionar de modo a garantir o desenvolvimento do todo coletivo.²³⁰

Por outro lado, o Estado constitucional de direito adere ao interesse público da concretização máxima dos direitos fundamentais, individuais e coletivos, postos na Constituição, sempre com atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.²³¹

Nesse sentido, ressalta-se a análise do conceito elaborado por Cristóvam, baseando o estudo sob dois prismas, o político-axiológico e o jurídico-normativo:

Com base em uma perspectiva político-axiológica (sentido amplo), o conceito de interesse público pode ser construído a partir da justaposição àqueles princípios e valores constitucionais que fundam as próprias bases do Estado republicano, social e democrático de direito, conjugando-se àquelas cimeiras pautas axiológico-constitucionais que exprimem as noções de igualdade, liberdade, equidade, segurança, democracia e justiça, veiculadas expressa ou implicitamente pelos direitos e garantias fundamentais. Nessa perspectiva abrangente, é possível sustentar, inclusive, que em diversos casos concretos a efetiva satisfação do interesse público poderá residir exatamente na defesa de determinado interesse individual (privado), no sentido de que a realização deste importa na concretização daquele, em uma espécie de vinculação estrutural.

[...]

A perspectiva restritiva do conceito de interesse público (sentido estrito), por sua vez, vincula-se àqueles princípios, valores e objetivos que marcam o conjunto de interesses coletivos e sociais estabelecidos pela ordem normativa constitucional, conjugados em favor da comunidade política e não apenas de um ou outro cidadão individualmente considerado. Estes interesses coletivos e sociais devem ser densificados a partir de um processo de concretização ponderativa, tanto pelo Estado via suas esferas ponderativas constitucionais, legislativas, administrativas e judiciais, como por todos os demais espaços públicos não estatais de defesa e promoção de interesses coletivos e sociais.²³²

Defendido por muitos como alicerce do Direito Administrativo, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado funda a ideia de que o Estado, como representante da coletividade, detenha prerrogativas e garantias que lhe assegurem desempenhar sua função administrativa, mesmo que para isso seja necessário suprimir ou

²³⁰ BERNARDO, 2017. p. 25.

²³¹ BERNARDO, 2017. p. 26.

²³² CRISTÓVAM, 2015. p. 108-111.

diminuir direitos individuais.²³³

Nas palavras de Maria Sylvia, “o Direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo”²³⁴. O direito público, embora reflexamente defenda interesses individuais, tem como objetivo primordial o de atender ao interesse público.

A autora sustenta que o Direito administrativo se caracteriza pelo binômio autoridade/liberdade, uma vez que possui prerrogativas que lhe assegura a autoridade para a consecução do interesse público, e, ao mesmo tempo, garante ao cidadão o poder de exercer seus direitos fundamentais contra eventuais abusos do poder. Para tanto, defende a aplicabilidade do princípio da razoabilidade, afinal sua aplicação “pressupõe a existência de um interesse público a ser protegido. A razoabilidade exige relação, proporção, adequação entre meios e fins. Quais fins? Os que dizem respeito ao interesse público”.²³⁵

A doutrina administrativa moderna questiona a justificativa simplista em sobrepor os interesses da Administração Pública na perseguição do bem coletivo aos direitos e interesses particulares.

Pela nova conceitualização firmada sobre interesse público, em que deveria haver preservação dos interesses particulares em harmonia com a concretização dos direitos e garantias fundamentais, não se falando em sobreposição, e sim congruência de interesses.

Ainda, o próprio vocábulo “supremacia” traz a ideia de valorização, algo superior, mesmo antes de ponderar os interesses em discussão. Nesse sentido, Cristóvam ensina:

A admissão de um princípio jurídico que assegure *prima facie* à prevalência abstrata do interesse público sobre o privado acaba por subverter a própria concepção de princípios constitucionais. As contemporâneas teorias dos princípios se mostram totalmente inconciliáveis com qualquer ideia de um princípio absoluto, capaz de prevalecer (*a priori*) sobre todos os demais, independentemente de qualquer jogo circunstancial de parâmetros fáticos e jurídicos.²³⁶

Ademais, considerar o indivíduo apenas como integrante no corpo social, sendo tolhido de suas devidas liberdades, não condiz com a lógica perseguida pelo constituinte originário, que se pauta pela dignidade da pessoa humana e valorização das garantias e

²³³ BERNARDO, 2017. p. 26.

²³⁴ DI PIETRO, 2015. p. 99.

²³⁵ DI PIETRO, 2015. p. 50.

²³⁶ CRISTÓVAM, 2015. p. 152.

direitos, não só coletivos, mas também individuais.²³⁷

Assim, a noção do interesse público como supremo frente aos interesses particulares deve ser superada, partindo-se da ideia de que o interesse público deve se pautar nos ditames da Constituição Federal, atentando-se na defesa de direitos e garantias fundamentais. Tal condição assegura que eventual produção de externalidades proporcionada pelas obras públicas, respaldada pela supremacia do interesse público sobre o particular, devem ser ressarcidas pelo erário público, uma vez que uma minoria arcará com prejuízos em prol da coletividade, indo ao encontro do princípio constitucional da igualdade, que é fundante da exação do tributo da contribuição de melhoria, conforme debatido no tópico anterior.

Há uma necessidade de superar o paradigma tradicional incrustado no regime jurídico-administrativo. O paradigma emergente busca quebrar laços, atentando-se aos ditames constitucionais.

Sobre a nova perspectiva do regime jurídico-administrativo, Cristóvam expõe:

A estruturação desse regime jurídico-administrativo, submetido aos parâmetros de legitimação personalista do princípio da dignidade da pessoa humana, do Estado democrático de direito e do princípio republicano, traz à tona o debate acerca do modelo tradicional de prerrogativas e poderes da Administração Pública. Os predicados da ordem, da coerência e da unidade, comuns às concepções sistemáticas da disciplina jurídica, impõem o debate acerca da própria adequação valorativa desse conjunto de prerrogativas e poderes da Administração Pública com o regime jurídico-administrativo renovado.²³⁸

Como toda grande mudança, levará algum tempo para o sistema absorver o novo processo, que será lento e gradativo, porém necessário para que se alcance um modelo de “Direito Administrativo renovado e redimensionado, mais democrático, mais republicano e mais inclusivo”²³⁹.

Nesse ponto, percorrida a evolução histórica do instituto da responsabilidade civil estatal, aprofundar o conceito de dano indenizável, estudar a externalidade negativa da desvalorização imobiliária como dano capaz de ensejar responsabilidade civil do Estado, fazendo, inclusive, paralelo com o tributo da contribuição de melhoria; passa-se à análise dos julgados pertinentes ao tema, abordando não só o dever de indenizar a desvalorização imobiliária causada pelas obras públicas, mas também apresentando as dificuldades na

²³⁷ BERNARDO, 2017. p. 29.

²³⁸ CRISTÓVAM, 2015. p. 242.

²³⁹ CRISTÓVAM, 2015. p. p. 329.

instalação de certas obras públicas, destacando-se a instalação de penitenciárias, aterros sanitários e cemitérios.

CAPÍTULO III. DIREITO À INDENIZAÇÃO PELA DESVALORIZAÇÃO IMOBILIÁRIA GERADA PELAS OBRAS PÚBLICAS

Muitos são os problemas brasileiros, dentre eles destacam-se a falta infra-estrutura capaz de servir aos anseios da sociedade, a precariedade da segurança pública, saneamento básico insuficiente e a saúde pública deficiente. Uma lista interminável de enfermidades que assolam diariamente o convívio da sociedade brasileira. Um conjunto de fatores podem indicar o atual cenário em que o país se encontra, dentre eles a falta de vontade pública dos agentes políticos, a corrupção, a burocracia exacerbada e a cultura dos próprios administrados.

Haja vista o caráter de perpetuação que pode ser atribuído a muitas mazelas sociais e limitações estruturais brasileiras, grandes transformações são requeridas para o desenvolvimento desta, sendo fator de grande relevância a mudança pensamento do indivíduo integrante do tecido social brasileiro, para que este almeje o bem-comum, nunca abandonando, no entanto, o cumprimento das garantias constitucionais dos indivíduos. Ainda que esta seja uma mudança de difícil realização, de longa maturação e cujo desenvolvimento possivelmente não será linear ao longo do tempo, podendo haver retrocessos ocasionalmente, ela se faz necessária para que, assim, consigamos evoluir como indivíduos e como sociedade de forma sinérgica e, por conseguinte, possamos conquistar melhores condições humanas para todos, de forma indistinta.

Outro fator de transformação de um país, podendo este ser discutido de forma mais objetiva é a realização de obras públicas indispensáveis, proporcionando uma infraestrutura básica capaz de suportar o crescimento adequado da sociedade.

Embora necessárias, há uma grande dificuldade de instalação de determinadas obras públicas, ainda que a finalidade seja claramente o bem coletivo. Estamos falando de obras necessárias para a sociedade, mas indesejadas pela comunidade que as abriga, como a instalação de penitenciária, cemitérios e aterros sanitários. Embora a construção de mais presídios possa não ser a melhor alternativa para a extirpar os males suportados pela segurança pública; embora no futuro a prática da cremação para os entes queridos que nos deixaram se difunda de forma paulatina - ainda que não seja a melhor política de tratamento de resíduos sólidos -, essas obras são, atualmente, de suma importância para a sociedade brasileira, uma vez que há uma alarmante superlotação nas unidades prisionais, cemitérios abarrotados e um tratamento de resíduos sólidos altamente danoso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Todavia, dificilmente alguma comunidade receberia de bom grado a instalação das

obras supracitadas, uma vez que não produzem, a primeira vista, benefícios para a região, e geram, no entanto, externalidades negativas, como mau cheiro, sensação de insegurança e até mesmo má superstição.

Assim, aborda-se sobre a problematização das obras ditas como indesejáveis, trazendo suas dificuldades de instalação e o dever, ou não, de indenizar a desvalorização imobiliária causada aos proprietários de imóveis confinantes.

3.1 OBRAS PÚBLICAS EM GERAL

Perseguindo o objetivo constitucional de promover o desenvolvimento nacional, a administração pública executa inúmeras obras a fim de garantir o interesse coletivo. Vias públicas, delegacia, hospitais, escolas, um vasto elenco de obras são realizadas diariamente por todo o país. Com uma série de obras em execução, não raro ocorre a produção de danos a terceiros na atuação estatal.

Nesse contexto, frente às externalidades negativas produzidas pelas obras públicas, no presente estudo, traduzíveis em desvalorização imobiliária, há de se destacar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial na questão da responsabilização estatal pelos danos ocorridos.

Pelo presente estudo, percebeu-se, pelos autores doutrinários estudados, que seus posicionamentos convergem ao determinar que recai ao Estado a responsabilização objetiva pelos danos causados a terceiros por sua conduta, conforme os ditames do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, debatido no segundo capítulo do presente estudo. No mesmo sentido caminha a jurisprudência estudada, seguindo o entendimento doutrinário da responsabilização objetiva do Estado.

A distinção entre doutrina e jurisprudência está na análise dos elementos da caracterização da responsabilidade. Uma vez que a doutrina abandona a análise do elemento “culpa”, voltam-se as atenções ao nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano emergido, sempre atentando-se à eventual configuração de determinada excludente de causalidade, a qual tem o condão de desobrigar o dever de ressarcir eventual prejuízo causado. Já o foco de debate da jurisprudência na análise da desvalorização imobiliária, como externalidade negativa indenizável em decorrência da realização de obras públicas, se volta para o estudo do elemento “dano”.

Perscrutando as decisões dos Tribunais de Justiça dos estados brasileiros, há um direcionamento no sentido de responsabilizar objetivamente a administração pública pela

desvalorização imobiliária ocasionada pelas obras públicas. No entanto, há determinados requisitos levantados pela jurisprudência para que se configure o dever de ressarcimento.

Situações em que o dano sofrido é estrutural, de fácil constatação, como rachaduras ou risco da estrutura do imóvel, pacífico é o entendimento de que deve, sim, o Estado ser compelido a ressarcir os prejudicados.

Colhe-se, nesse sentido, julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que condena o Município de Araranguá ao pagamento de indenização ao imóvel que sofreu danos materiais pelo comprometimento da estrutura do imóvel, fato que gerou desvalorização do imóvel, sem contar os prejuízos no tocante à exploração comercial exercida no local.

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. LEVANTAMENTO, ATERRAMENTO E ASFALTAMENTO DE VIA PÚBLICA. FORMAÇÃO DE ACENTUADO DESNÍVEL ENTRE A RUA E A PROPRIEDADE DA AUTORA. PERÍCIA JUDICIAL QUE APONTA NÃO SÓ PREJUÍZOS EM RELAÇÃO À EDIFICAÇÃO, COMO TAMBÉM NO QUE TANGE À EXPLORAÇÃO COMERCIAL DO IMÓVEL. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. **Discute-se, in casu, a responsabilidade da Administração Pública por eventual desvalorização no valor do imóvel da requerente, decorrente das obras de levantamento, aterramento e asfaltamento** da avenida Sete de Setembro, no centro da cidade de Araranguá. A perícia realizada no transcorrer da instrução processual foi enfática ao afirmar que tanto a elevação do nível da Avenida Sete de Setembro quanto o aterro executado no interior do imóvel com o intuito de proporcionar estabilidade (tecnicamente desnecessário se devidamente dimensionado) ao muro de contenção (arrimo) executado tornou inviável a exploração comercial da edificação, que se apresenta parcialmente aterrada e em nível significativamente abaixo do leito da avenida. Não bastasse, **apurou-se, na propriedade da autora, "o surgimento de inúmeras trincas e rachaduras originárias das movimentações nas fundações da edificação, consequência do adensamento do aterro executado e surgimento de pressões negativas atuantes**, conforme apresentado no item "Consequências da Execução dos Aterros" (fl. 196). Consequentemente, **houve, de forma inquestionável, prejuízos para a autora, pois "além da paralisação das atividades comerciais existentes na edificação foram observadas inúmeras patologias que certamente não estavam presentes quando as atividades comerciais estavam em andamento (rachaduras cujas características indicam movimentações do solo por conta do acréscimo de cargas decorrente dos aterros - adensamento)**. A edificação tornou-se inviável para uso/exploração comercial" (fl. 198). E nem se argumente ser possível a elevação da edificação ao nível do passeio público, pois mesmo que possível tecnicamente, teria um custo extremamente elevado, o qual inviabilizaria a obra. Procedência da demanda, por conseguinte, bem pronunciada. DEMOLIÇÃO. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DAS DESPESAS RESPECTIVAS. OBRIGAÇÃO QUE RECAI SOBRE O CAUSADOR DO DANO, NO CASO - O MUNICÍPIO. Comprovada a imprestabilidade do imóvel para qualquer uso, o que impõe a sua demolição, as respectivas despesas devem ser suportadas pelo ofensor. Deveras, comprovado o ilícito, a reparação dos prejuízos deve ser o mais ampla e abrangente possível, que, in casu, deve ser incluída na indenização. ALUGUÉIS. VALOR MÉDIO DE MERCADO. PREVALÊNCIA DO LAUDO PERICIAL. Alegações genéricas, fundadas em documentos unilaterais, e, nesse passo, de discutível valor probatório, não se prestam a desconstituir laudo pericial que se apresenta exaustivamente fundamentado. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULA 54 DO STJ. Em se tratando de responsabilidade extracontratual, como se dá na espécie, incidem os juros de mora a contar da ocorrência do evento danoso (Súmula 54 do STJ), que, na espécie, entende-se como concretizado no momento em que impossibilitado a utilização do imóvel. CORREÇÃO MONETÁRIA.

Atualização monetária do valor do prédio a ser indenizado que deve ser contada desde a avaliação, mas já embutida na Taxa Selic. RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. INTELIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR N. 156/97, ALTERADA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 161/97. REMESSA PROVIDA PARA TAL FIM.²⁴⁰ (Grifou-se)

Denota-se pela leitura do julgado que o dano se mostrou incontroverso, uma vez que os laudos periciais constataram a presença de dano certo e determinado, representado em trincas e rachaduras. No que tange ao prejuízo na exploração comercial, mostrou-se claro que a estrutura do imóvel fora danificada, não podendo manter o ponto comercial no local. Com isso, a desvalorização imobiliária do local fora facilmente classificada como um dano indenizável.

No mesmo sentido, entende o Tribunal de Justiça de São Paulo, com relação aos danos estruturais provocados pela obra de instalação de túnel nas proximidades do imóvel do autor:

RESPONSABILIDADE CIVIL. **Danos decorrentes de obra pública.** Construção do túnel Sebastião Camargo. **Avárias em imóvel próximo. Nexo causal estabelecido pela perícia. Danos emergentes e lucros cessantes. Evidência de maiores dificuldades para locação e menor preço na venda. Responsabilidade dos entes públicos fundada no risco administrativo. Constituição Federal, artigo 37, § 6º.** Responsabilidade da empreiteira inferida dos danos causados pela obra a este e a outros imóveis vizinhos e do comportamento de reparar espontaneamente outras residências avariadas, sem razões objetivas para exclusão da responsabilidade. Responsabilidade solidária. Apenas com respeito à Fazenda Pública, incidência da Lei 11960/2009. Provido o recurso dos autores, não provido o da construtora corrê.²⁴¹ (Grifou-se)

Todavia, os danos patrimoniais não se restringem aos danos aparentes, de fácil identificação visual. O ponto de maior debate jurisprudencial acerca da responsabilização estatal pela desvalorização imobiliária originada por obras públicas reside nas hipóteses em que o dano se mostra oculto, sendo necessária uma maior análise sobre o impacto da obra.

Destaca-se, acerca da questão, os ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho, no tocante ao dano patrimonial:

O dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. Esta definição, embora não mereça a aprovação unânime dos autores, tem o mérito de

²⁴⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 2009.022084-3*, de Araranguá. Relator Des. Vanderlei Romer. Florianópolis, 15 de novembro de 2009.

²⁴¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n.0363357-66.2009.8.26.0000*, de São Paulo. Relator Des. Edson Ferreira, São Paulo, 11 de novembro de 2013.

abranger todos os bens e direitos na expressão conjunto das relações jurídicas, vale dizer, abrange não só as coisas corpóreas, como a casa, o automóvel, o livro, enfim, o direito de propriedade, mas também as coisas incorpóreas, com os direitos de crédito. A idéia de prejuízo, tal como estava no art. 159 do Código Civil de 1916, resultante de uma lesão a um direito, bem caracteriza o dano material. Ou, como preferem outros autores, o dano material envolve a efetiva diminuição do patrimônio, quer se trate de um bem corpóreo ou incorpóreo.²⁴²

Nesse contexto, extrai-se o julgado que indaga acerca do dever estatal de indenizar os prejuízos suportados mediante um fechamento de rua:

REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. LEI MUNICIPAL DETERMINADORA DO FECHAMENTO DE VIA PÚBLICA. CONSEQUENTE DESVALORIZAÇÃO DO IMÓVEL DO AUTOR. COMPROVAÇÃO PERICIAL. PERÍCIA BEM FUNDAMENTADA E CRITERIOSA. DEMONSTRAÇÃO DA QUANTIA CORRESPONDENTE À DESVALORIZAÇÃO DO IMÓVEL. MANUTENÇÃO QUE SE IMPÕE. REMESSA DESPROVIDA. [...] **Demonstrado nos autos que a obra pública ocasionou a desvalorização do imóvel rural, tornando-o prejudicado para os fins antes utilizados pelo particular, exsurge o dever de Poder Público responder pelo prejuízo suportado por aquele.**²⁴³

A deliberação seguiu no sentido de avaliar o prejuízo sofrido pelo proprietário do imóvel, que obteve sua rua fechada para a construção da capela mortuária da Prefeitura Salto Veloso. A escolha legislativa do município ocasionou uma externalidade absorvida pelo autor da demanda, externalidade que não causou danos estruturais na propriedade, como se deu nos julgados anteriores, o prejuízo mora na impossibilidade de acessar o imóvel através da via pública, o qual acarretou na depreciação do imóvel. Acordaram, os magistrados, respaldados pelo laudo pericial e jurisprudencial, que mesmo sendo de interesse coletivo, o proprietário do imóvel sofreu um dano indenizável em virtude do evidente prejuízo imobiliário, restando ao Município o dever de ressarcir o mal causado.

Nesse sentido, traz-se o caso emblemático decidido pelo Superior Tribunal Federal acerca do pleito indenizatório em desfavor do Município de São Paulo devido a construção de viaduto, que gerou poluição visual, sonora e ambiental para os proprietários dos imóveis instalados à frente do viaduto.

CONSTITUCIONAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967, ARTIGO 107. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ARTIGO 37, § 6º. I- **A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo**, que admite pesquisa

²⁴² CAVALIERI FILHO, 2010, p. 73-74.

²⁴³ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Reexame Necessário* n. 2012.069560-0, de Videira. Relator Des. Paulo Ricardo Bruschi. Florianópolis, 10 de junho de 2014.

em tomo da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa é isto: **sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.** II- Ação de indenização movida por particular contra o Município, em virtude dos prejuízos decorrentes da construção de viaduto. Procedência da ação. III- RE conhecido e provido.²⁴⁴ (Grifou-se)

O dano aqui exposto também difere do dano analisado nos primeiros acórdãos apresentados. Os fatores que ocasionaram a desvalorização imobiliária são de maior complexidade de avaliação, tendo ingredientes um tanto subjetivos em seu estudo.

A construção do viaduto produziu malefícios ocultos que muitos classificam como genéricos. Portanto, não há de se questionar que tais prejuízos interferem no valor venal dos imóveis, uma vez que ninguém deseja morar em frente a um viaduto, exposto à poluição sonora e visual diariamente, sendo inegável o dano patrimonial.

A atuação estatal não é questionada na decisão, uma vez que sua conduta é lícita, com o fim de sanar problemas do sistema viário da região. O enfoque do acórdão é a consequência da instalação do viaduto, que causou prejuízos imperceptíveis em um primeiro momento, refletindo posteriormente na depreciação do valor imobiliário, frente à inevitabilidade em suportar as externalidades negativas produzidas.

Sobre o dano tolerado pelos prejudicados, discorre o Ministro relator, Carlos Velloso:

O dano foi anormal, excedendo os incômodos provenientes da vida societária, eis que, consoante bem salientou o Desembargador Arthur de Godoy, em sua declaração de voto vencido, “a cidade é feita primordialmente para residir, e não para trafegar. E, consiste distorção, pensar-se, em linha de normalidade, que o núcleo habitacional deva sujeitar-se às condições da corrente viária a ser instalada, ao invés de impor suas exigências a esta.”²⁴⁵

Assim, com a caracterização do dano como sendo indenizável, a comprovação da conduta do agente e o nexo causal entre conduta e dano, cumpriu-se os requisitos do disposto no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, devendo ser ressarcido os prejuízos causados, com base a teoria do risco administrativo.

O fundamento principiológico da decisão reside na ideia de isonomia, dado que a

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 13.587-5/SP*. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, 18 de fevereiro de 1992.

²⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 13.587-5/SP*. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, 18 de fevereiro de 1992. p. 5.

coletividade se beneficia com a construção do viaduto, atingindo de forma negativa, no entanto, uma minoria, que suportará certos malefícios para a concretização da obra. Logo, a isonomia reside no fato de ressarcir os poucos (proprietários dos imóveis) que assumem a externalidade negativa (desvalorização imobiliária) para beneficiar os muitos (coletividade).

O princípio constitucional da isonomia é o pilar fundamental para a caracterização da indenização a títulos de danos materiais decorrente de desvalorização imobiliária. “Se o Estado auferir o bônus (na valorização, o tributo), da mesma maneira tem obrigação de arcar com o ônus (na desvalorização, a reparação), extraindo-se dessa maneira uma interpretação condizente com o princípio da igualdade material”.²⁴⁶

O Ministro Marco Aurélio acompanha o voto do relator e acrescenta um paralelo da diminuição patrimonial com a cobrança do tributo da contribuição de melhoria:

[...] se com a construção chega-se à diminuição substancial do valor do imóvel, deve, na mesma forma, o Estado indenizar. O prejuízo, aí, para o particular, é evidente. Caso valorização houvesse, certamente adviria até cobrança da contribuição de melhoria. Logo, ocorrendo o inverso - o dano - como aliás foi comprovado mediante laudo pericial existente nos autos, deve ser paga a indenização.²⁴⁷

Encontra-se o mesmo paralelo na doutrina, como se observa na lição de Carlos Roberto Marques:

A obra pública normalmente proporciona valorização às propriedades particulares próximas. Para a retenção dessa mais-valia o ordenamento jurídico disponibiliza ao poder público vários instrumentos, como os estudados anteriormente. Ocorre que a execução de uma obra pública poderá ensejar efeito reverso, de diminuição do valor patrimonial do bem particular, situação que conduzirá o Estado à obrigação de indenizar, em razão de uma “pioria” ocasionada pelo simples fato da obra.²⁴⁸

A comparação funda-se na solidariedade social, pois, ocorrendo a mais-valia, o particular não poderá enriquecer sem causa, sem contraprestação alguma, cabendo-lhe pagar o devido tributo. Assim, se há depreciação do valor do imóvel, o corpo social, representado pelo Estado, deve reparar o particular, como forma de distribuir os encargos de forma justa.

Os estudiosos que traçam o paralelo da contribuição de melhoria com o dever de

²⁴⁶ OLÍMPIO, Bruno Querino. *Análise da contribuição de melhoria sob o aspecto da desvalorização imobiliária*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 21 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54415&seo=1>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 13.587-5/SP*. Voto Ministro Marco Aurélio. Brasília, 18 de fevereiro de 1992. p. 9-10.

²⁴⁸ MARQUES, Carlos Roberto. *Contornos e fundamentos modernos da contribuição de melhoria*. Rio de Janeiro: lumen juris, 2005. p. 113.

indenizar pela desvalorização imobiliária convergem no entendimento de que é devido ao Estado reparar o dano causado, no caso o da desvalorização imobiliária. Seu embasamento está no próprio texto constitucional, tendo em vista os preceitos da igualdade, razoabilidade, solidariedade social e vedação ao enriquecimento sem causa.²⁴⁹

Todavia, os tribunais ainda vacilam em condenar o Estado nas hipóteses de depreciação imobiliária ditas como “genéricas”, como se constata na exposição a seguir sobre a instalação de penitenciárias.

A título ilustrativo, colhe-se acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo português, o qual possui grandes similitudes em relação aos direcionamentos da jurisprudência brasileira analisada no presente estudo, caso, este, análogo ao decidido pelo Superior Tribunal Federal sobre a instalação de viaduto discutido alhures:

RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL POR FACTO LÍCITO. **PREJUÍZO ESPECIAL E ANORMAL.** VIADUTO DE AUTO-ESTRADA. I) – A responsabilidade extracontratual por facto lícito implica a existência de prejuízo especial e anormal. II) – É o caso da construção de **viaduto de auto-estrada a poucos metros confinante com habitação dos autores, de que resultou desvalorização de 20 % do valor do imóvel** (com um valor de € 90.000,00 - noventa mil euros), em função da perda de qualidade ambiental, por aumento de ruído e diminuição de exposição solar (ruído a que antes não estavam sujeitos, e, num juízo empírico e de inferência, de considerável incomodidade; exposição solar drasticamente diminuída).²⁵⁰ (Grifou-se)

O Instituto de Estradas de Portugal, ora réu da ação, recorreu da decisão de determinou ao órgão o pagamento de indenização decorrente da desvalorização do prédio do autor. Os fundamentos do recorrente seguiram a linha de descaracterizar o caráter indenizatório do dano (desvalorização do imóvel), alegando ser um prejuízo genérico e normal, ou seja, a desvalorização é um risco que se corre por viver em sociedade. Seguem defendendo que as provas não são suficientes para provar o nexo entre dano e conduta, além de justificar que a obra seria de extrema importância para a sociedade.

A decisão dos Juízes portugueses rebateu os argumentos analogamente aos fundamentos da Suprema Corte brasileira, mantendo o dever do Estado em ressarcir os danos causados pela instalação de viaduto:

²⁴⁹ MARQUES, 2005. p. 113.

²⁵⁰ PORTUGAL. Tribunal Central Administrativo do Norte. *Processo 01095/043.BEBRG*, de Braga. Relator Luís Migueis Garcia. Porto, 8 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/5a0af3cbe2f5addf80257f9600327b27?OpenDocument>>. Acesso em: 11/03/2018.

Por prejuízo especial entende-se aquele que não é imposto à generalidade das pessoas, mas a pessoa certa e determinada em função de uma específica posição relativa; por prejuízo anormal aquele que não é inerente aos riscos normais da vida em sociedade, suportados por todos os cidadãos, ultrapassando os limites impostos pelo dever de suportar a actividade lícita da Administração.

O princípio da igualdade dos cidadãos na repartição dos encargos públicos constitui o fundamento axiológico deste tipo de responsabilidade, traduzindo a refração do princípio geral da igualdade em igualdade de contribuição dos cidadãos no suporte daqueles encargos.

[...]

O ressarcimento dos danos provocados por actuações administrativas lícitas tem seguramente um carácter evolutivo podendo dizer-se que quanto mais evoluída e próspera é uma sociedade maior deverá ser a sua capacidade indemnizatória em relação às vítimas das suas intervenções, tomadas, afinal, em proveito de todos.²⁵¹

Percebe-se que as decisões brasileiras e portuguesas caminham no mesmo sentido, ponderando sobre os princípios da supremacia do interesse público e a isonomia, concluindo que recai ao Estado o dever de reparar a desvalorização imobiliária provocada pela atuação estatal.

3.2 O CASO DOS PRESÍDIOS

Inegável é a crise carcerária que o país atravessa. Superlotação, falta de efetivo, precariedade das instalações, aumento de facções são alguns dos inúmeros problemas que o sistema penitenciário busca superar.

Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, a população carcerária triplicou entre os anos de 1999 e 2014, totalizando um número de 579.423 internos em 2014. O número total assusta, porém o que agrava ainda mais a crise carcerária é a falta de lotação das unidades prisionais, uma vez que o número disponível de vagas em 2014 era de 375.892 detentos, resultando na defasagem de 203.531 vagas nos presídios brasileiros.²⁵²

A atual crise mostra a necessidade emergencial de reformulação da segurança pública nacional. Contudo, a reforma do sistema prisional precisa de vontade política, e o tema não angaria votos na perspectiva dos políticos. Como resultado, são adotadas medidas paliativas, que velam o problema, agravando-o ao invés de tratá-lo. Nesse sentido, embora não seja a melhor medida para sanar o problema, a construção de presídios se faz necessária diante da

²⁵¹ PORTUGAL, 2008.

²⁵² SASAKI, Fábio. *Entenda a crise no sistema penitenciário brasileiro*. 2017. Disponível em: <<https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/entenda-a-crise-no-sistema-penitenciario-brasileiro/>> Acesso em: 23/04/2018.

grande defasagem de vagas no sistema carcerário brasileiro.

Perscrutando a legislação pertinente à instalação de unidades prisionais, encontra-se a Lei de Execução Penal, na qual dispõe em seu artigo 87, parágrafo único, que a União, Estados, Distrito Federal e Territórios possuem a competência para construir penitenciárias destinadas aos presos provisórios e condenados em regime fechado. O artigo 90 da mesma lei traz o regramento de que as penitenciárias masculinas deverão ser construídas em local afastado do centro urbano, porém à distância que não restrinja a visitação dos detentos.

Além do regramento exposto na Lei de Execução Penal, há de se atentar aos comandos dos planos diretores dos Municípios em que se deseja instalar a penitenciária. No Plano Diretor de Florianópolis, por exemplo, em seu artigo 273, inciso XI, há o requisito de elaboração do Estudo de Impacto de Vizinhança para empreendimentos de segurança pública, dentre eles, instalações para recolhimento de presos e detentos, presídios e penitenciárias. Além disso, deve-se respeitar as condicionantes de zoneamento, isto é, a instalação impescinde de obedecer à demarcação das áreas passíveis de suportar o estabelecimento de grande porte.

Seguindo as exigências para instalação das unidades prisionais, o ente público que deseja construir tal empreendimento deve encaminhar ofício ao Ministro da Justiça para que haja repasse de verba, expondo os motivos da requisição, sendo relevante apresentar determinadas informações como:

a) a evolução da população urbana e rural, indicando quais os municípios ou povoados que serão abarcados pelo estabelecimento; b) a população penitenciária total da Unidade da Federação e da região; c) o tipo ou regime, categoria e situação das pessoas presas na Unidade da Federação, bem como a capacidade de lotação real e a descrição dos demais estabelecimentos penais existentes, com sua localização; d) a capacidade atual necessária e a projetada para os próximos cinco anos; e) a quantidade de pessoas presas com condenação em cadeias públicas; f) o número de mandados de prisão expedidos e não cumpridos; g) as estatísticas sobre a distribuição da população prisional por sexo, faixa etária, origem, grau de instrução, aptidão profissional e tipo penal praticado, com destaque para o perfil de condenações criminais da região; h) os índices de reincidência na Unidade da Federação e na região; i) o número de fugas, evasões e motins ano a ano, nos últimos cinco anos; j) os meios e vias de transportes disponíveis para acesso ao estabelecimento penal proposto; k) a organização e a estrutura dos serviços essenciais (água, esgoto, energia) ou de infraestrutura (já sistematizados ou não); l) a distância entre o estabelecimento penal a ser construído e a malha urbana do município (mapa, escala, indicando a localização do estabelecimento em relação à malha urbana); m) as estratégias institucionais em curso para a execução dos serviços penais, destacando como estarão organizados; como se pretende desenvolver a reintegração social dos apenados; qual a estrutura sócio-econômica da região e como ela pode influir positivamente nesse

processo; quais as características criminais etc.²⁵³

Mostra-se, portanto, uma série de requisitos para que se possa implantar o estabelecimento prisional em determinado local. Alheio a isso, a história recente mostra certa resistência das comunidades que receberão o estabelecimento. Sensação de insegurança, possível aumento da criminalidade, desvalorização dos imóveis vizinhos ao presídio são alguns dos receios das comunidades. Por outro lado, o Poder Público afirma que o empreendimento atende ao interesse público, não causa impacto ambiental negativo, e mais, a implantação do estabelecimento prisional proporciona benefícios econômicos à região.

Conforme notícia vinculada no site “CBN diário”, há uma grande resistência dos Municípios recepcionarem instalações prisionais. Em Santa Catarina, no Município de Imaruí, há inclusive *slogan* no sentido de afastar as obras no Município, como se pode notar pela leitura da notícia:

O Estado tem projeto e um terreno próprio para construir a penitenciária de Imaruí, no Sul de SC. A proposta da SJC prevê uma unidade com 1.544 vagas. Mas, desde janeiro de 2013, a prefeitura e o governo estadual travam batalhas judiciais para a liberação da obra. Em 2012 o então prefeito, Amarildo Matos de Souza (PSD), chegou a permitir a construção, mas com as eleições municipais, o novo chefe do Executivo, Manoel Viana (PT), que assumiu em 2013, derrubou o decreto que liberava a obra. O atual prefeito, Rui José (PSD), manteve a posição do petista e, inclusive, colocou no seu plano de governo das eleições de 2016 o apoio à campanha “Eu Amo Imaruí, Penitenciária Aqui Não”. Os processos judiciais continuam em tramitação no Tribunal de Justiça (TJ), mas o Estado diz que não pretende desistir do projeto.²⁵⁴

As batalhas judiciais dizem respeito a questões de licenciamento e outros requisitos legais, justamente para atravancar o progresso das tratativas de implementação da unidade prisional. Pesquisando os julgados que tratam especificamente sobre a questão dos presídios, constatou-se poucas demandas indenizatórias pela construção dos estabelecimentos prisionais. Notou-se, contudo, que as demandas atuais focam suas forças no sentido de impedir a inicialização das obras em suas comunidades, agindo preventivamente, como pôde-se notar pela notícia supracitada.

²⁵³ BRASIL. Ministério da Justiça - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Diretrizes básicas para arquitetura prisional*. 2011. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNPCP/2011Diretrizes_ArquiteturaPenal_resolucao_09_11_CNPCP.pdf>. Acesso em: 20/02/ 2018.

²⁵⁴ SILVA, Anderson. CBN Diário. *Tijucas aumenta fila de municípios que se recusam a autorizar a construção de novas unidades*. 2017. Disponível em: <<http://cbndiario.clicrbs.com.br/sc/noticia-aberta/tijucas-aumenta-fila-de-municipios-que-se-recusam-a-autorizar-a-construcao-de-novas-unidades-200367.html>> Acesso em: 10/03/2018.

Nota-se, então, a dificuldade de implantação de uma obra desse porte, uma vez que há uma série de requisitos legais para o financiamento e implantação da obra, além da barreira das comunidades que recebem a penitenciária. Dentre os temores do Município que recepcionará tal construção, estudar-se-á a externalidade negativa da desvalorização dos imóveis adjacentes aos presídios, abordando o posicionamento da doutrina e jurisprudência sobre o dever, ou não, de indenizar tal externalidade.

No que tange aos casos de efetiva instalação da unidade prisional, expõe-se julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul sobre o pleito indenizatório por perdas e danos decorrentes da instalação da Penitenciária Harry Amorim Costa:

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – CONSTRUÇÃO DE PENITENCIÁRIA – DESVALORIZAÇÃO DE IMÓVEL – DANO JURIDICAMENTE REPARÁVEL – NÃO-CONFIGURAÇÃO – AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL – RECURSO IMPROVIDO.

Não demonstrada a relação de desvalorização em decorrência de obras públicas, a indenização não procede. É preciso existir a perda de uma situação juridicamente protegida a ensejar a reparação.²⁵⁵ (Grifou-se)

A questão central do acórdão reside em analisar se o dano é considerado indenizável, ou seja, se a desvalorização imobiliária é classificada como dano capaz de ensejar a responsabilização estatal frente à construção de penitenciária.

O relator do caso, Desembargador Julizar Barbosa Trindade, fundamentou seu voto no mesmo sentido do processo sobre o viaduto, analisado pelo Supremo Tribunal Federal, considerando que “o Estado não pode causar prejuízo a uma parcela de membros da coletividade em benefício dos demais. Esse entendimento deriva do princípio da solidariedade social.”²⁵⁶

Tal entendimento encontra respaldo nas palavras de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Essa doutrina [da teoria do risco administrativo] baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais: assim como os beneficiários decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o

²⁵⁵ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 2005.017270-8*, de Dourados. Relator Des. Luiz Carlos Santini. Campo Grande, 11 de dezembro de 2007.

²⁵⁶ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 2005.017270-8*, de Dourados. Relator Des. Luiz Carlos Santini. Campo Grande, 11 de dezembro de 2007. p. 2.

prejudicado, utilizando recursos do erário público”.²⁵⁷

Diógenes Gasparini segue o mesmo entendimento, acrescentando que todos os cidadãos, inclusive o próprio prejudicado como sujeito pagador de tributos, devem responder pela conduta danosa do Estado, tendo em vista o princípio da distribuição igualitária dos ônus e encargos que os administrados estão sujeitos, como bem declarou o Superior Tribunal Federal.²⁵⁸

Classificado pelo relator a desvalorização imobiliária como dano indenizável, passou-se a análise dos elementos ensejadores da responsabilidade objetiva do Estado.

Parece-me indubitoso o nexo de causalidade entre a ação estatal (construção do presídio) e o dano sofrido pelo particular (queda brusca no valor venal do imóvel). E, ao contrário do afirmado pela sentença recorrida, a desvalorização é imutável e permanente e o dano experimentado pelo apelante excedeu os incômodos da vida em sociedade, afinal, ninguém suspeita dos transtornos advindos do fato de se ter como vizinho um presídio de segurança máxima. Indenizar significa compensar o dano causado à vítima, tanto quanto possível.

Convencido do nexo causal entre o dano indenizável e a conduta estatal, o relator votou pela condenação do Estado do Mato Grosso do Sul ao pagamento de indenização à título de perdas e danos.

Contudo, o revisor do caso, Desembargador Luiz Carlos Santini, divergiu do voto do relator. Inicialmente, o revisor questiona as avaliações apresentadas pelo autor, alegando não ter parâmetro suficiente para avaliar a depreciação imobiliária. Acrescenta que o presídio trouxe melhorias ao local, fato não levado em consideração, supostamente "porque a chamada perícia nada mais é do que uma manifestação de corretores e engenheiros".²⁵⁹

Posteriormente, relata que a desvalorização funda-se em riscos futuros, como perigo de fugas, rebeliões, o que não seria suficiente para comprovar a desvalorização, sendo assim, o dano não seria classificado como indenizável. O Desembargador revisor encerra seu voto expondo que embora “tenha configurado um dano patrimonial, não configura dano juridicamente reparável, por inexistir lesão a um direito amparado pela lei garantindo como um direito do indivíduo, característica essa, imprescindível ao dever de indenizar”.²⁶⁰

²⁵⁷ DI PIETRO, 2006. p. 621.

²⁵⁸ GASPARINI, 2005 p. 896.

²⁵⁹ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 2005.017270-8*, de Dourados. Voto do Des. Revisor Luiz Carlos Santini. Campo Grande, 11 de dezembro de 2007. p. 4-5.

²⁶⁰ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 2005.017270-8*, de Dourados. Voto do Des. Revisor Luiz Carlos Santini. Campo Grande, 11 de dezembro de 2007. p. 5.

A vogal, Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges, por sua vez, acompanhou o voto do revisor, entendendo não haver prova irrefutável de que houve desvalorização. “Questões meramente hipotéticas não poderiam servir de lastro para condenação do Estado.”²⁶¹

Por maioria, vencido o relator, negou-se provimento ao pleito indenizatório.

Importante ressaltar a fundamentação do voto proferido pelo revisor, o qual coloca a perícia como uma mera manifestação de corretores e engenheiros, desqualificando as avaliações apresentadas como parâmetro. Se engenheiros e corretores não são qualificados para realizar a perícia, quem seriam os profissionais capacitados?

Tal fato remete ao estudo da evolução histórica da responsabilidade do Estado, que aponta para o equilíbrio de forças entre a administração e administrado. Os esforços históricos almejavam criar condições para que o particular consiga obter o devido ressarcimento frente à atuação estatal danosa, o que era de extrema dificuldade antes da adoção da responsabilidade objetiva do Estado. Entretanto, no caso em tela, o Estado, como parte passiva da ação, sequer impugnou as avaliações, questionando apenas o valor apresentado, não obstante o magistrado tenha adotado uma posição de defesa do Estado questionando a natureza do dano.

Ainda que não tenha sido colocado de forma explícita, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular impera na decisão. O Estado detém privilégios na sua perseguição do interesse público, e com razão. O dado alarmante é a negligência frente às garantias e direitos constitucionais do administrado, que ainda se encontra em posição de inferioridade em relação à máquina estatal.

Em contraponto à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, sublinha-se julgado do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, que conclui que a desvalorização imobiliária é capaz de ensejar indenização:

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL C/C REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO – CONSTRUÇÃO DE PRESÍDIO – DESVALORIZAÇÃO DA ÁREA REMANESCENTE – JUSTA INDENIZAÇÃO – LAUDO PERICIAL – PROVA CONCLUSIVA – JUROS COMPENSATÓRIOS – 12% AO ANO - JUROS MORATÓRIOS – 6% AO ANO – CORREÇÃO MONETÁRIA – INCIDÊNCIA A PARTIR DA AVALIAÇÃO DO IMÓVEL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – VALOR FIXADO DENTRO DOS LIMITES LEGAIS – RECURSO IMPROVIDO – SENTENÇA RATIFICADA.²⁶²

²⁶¹ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 2005.017270-8*, de Dourados. Voto da Des. Vogal Tania Garcia de Freitas Borges. Campo Grande, 11 de dezembro de 2007. p. 5.

²⁶² MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. *Reexame Necessário n. 34893/2011*, de Água Boa. Relator Des. Mariano Alonso Ribeiro Travassos. Campo Grande, 10 de Janeiro de 2012.

Interessante destacar que a fundamentação adotada no processo é totalmente baseada no laudo pericial, pois em momento algum entra-se na análise dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil, nem na sentença no juízo *quo*, tampouco no juízo *ad quem*.

Há, portanto, divergência de entendimentos, no sentido de que uma decisão desconstrói a prova pericial, entendendo o dano como genérico; enquanto a outra embasa seu convencimento puramente no relato pericial.

Felizmente, na ponderação entre os princípios da supremacia do interesse público e da igualdade, os julgados analisados, respaldada pela doutrina, entendem pelo dever de indenizar a desvalorização imobiliária proporcionada pelas obras, focando-se na análise do dano indenizável, mais especificamente na comprovação de ocorrência ou não do dano através da produção de provas.

3.3 O CASO DOS ATERROS SANITÁRIOS

Um dos direitos fundamentais a ser assegurado pelo Estado é o de proporcionar um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a coletividade. O artigo 225 da Constituição Federal diz expressamente que *“todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”*²⁶³.

Para isso, o tratamento de resíduos sólidos é de suma importância para que se possa assegurar tal direito. Assim como acontece com os presídios, a instalação de aterros sanitários necessita seguir determinados comandos para sua efetivação. O Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) estabelece critérios e diretrizes para o licenciamento ambiental de aterro sanitário de resíduos sólidos urbanos.

Vias de acesso ao local com boas condições de tráfego; respeito às distâncias mínimas estabelecidas na legislação ambiental relativas a áreas de preservação permanente, Unidades de Conservação, ecossistemas frágeis e recursos hídricos subterrâneos e superficiais; descrição da população beneficiada; e caracterização qualitativa e quantitativa dos resíduos a

²⁶³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 jan. 2018.

serem dispostos no aterro são alguns dos requisitos para a concessão da licença ambiental para instalar aterros sanitários.²⁶⁴

Inegável é a importância de aterros sanitários, principalmente nos perímetros urbanos cada vez mais populosos e potencialmente poluidores que afetam o tão desejado meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ocorre que, juntamente com o interesse público de atender aos anseios da sociedade com a efetiva implantação de tal empreendimento, há algumas externalidades proporcionada pela instalação de tal porte, como mal cheiro, possível contaminação da água, infertilização do solo e, decorrente dos malefícios expostos, a depreciação imobiliária. Caso análogo ao que ocorre quando da instalação de unidades prisionais, obra de suma importância para a sociedade e que afeta a um pequeno grupo de cidadãos, que suporta os malefícios do empreendimento a fim de que seja alcançado o bem coletivo.

Acerca da jurisprudência sobre o dever de indenizar a desvalorização imobiliária pela instalação de aterro sanitário, acentua-se o Recurso Especial nº 1.659.749/SP, que exprime o entendimento jurisprudencial majoritário sobre a matéria. O julgado retrata, entre outros, o pleito indenizatório decorrente da desvalorização imobiliária nos imóveis próximos à instalação de depósito de lixo pelo Município de Presidente Prudente.

O juízo de origem declarou a improcedência do pedido por falta de provas dos danos e lesões arguidos. Porém, é plausível imaginar os incômodos gerados por um aterro sanitário próximo de uma moradia qualquer, sendo, portanto, um grande fator de influência sobre o seu preço. Nessa perspectiva, a Ministra Regina Helena Costa explana, julgando a demanda monocraticamente:

Certo embora que não se provaram os agitados detrimientos na atividade agropecuária dos autores após a instalação do aterro sanitário. Não menos confirmada está a influência desse aterro no que respeita a loteamento residencial que se projeta para o lugar.

Todavia, é razoável considerar que os imóveis dos autores sofreram desvalorização com o destino vizinho de um prédio para fins de aterro sanitário. Por mais o depósito de lixo venha a entender-se necessário para as comunidades, não por isso seus anexos incômodos, transtornos e contratempos (proliferação de insetos, forte odor e resíduos deslocados) hão de pesar, de modo anômalo, contra só alguns particulares, que, pois, devem ressarcir-se por sua oneração excessiva. Desse modo, é necessária a realização de perícia para quantificar a perda valorativa dos imóveis dos requerentes.²⁶⁵

²⁶⁴ BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução CONAMA n 404. *Estabelece critérios e diretrizes para o licenciamento ambiental de aterro sanitário de pequeno porte de resíduos sólidos urbanos*. 2008. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=592> Acesso em: 11/6/2018.

²⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 1.659.749 - SP (2017/0029741-1)*. Recorrente:

A decisão caminha no sentido de que resta incontroverso a responsabilidade objetiva do Estado, conforme a adoção da teoria do risco administrativo. Claro, também, o entendimento de que a desvalorização imobiliária é, sim, dano classificado como indenizável, além da comprovação da conduta estatal (instalação de aterro sanitário) e o nexo entre tal conduta e dano (desvalorização imobiliária).

Os julgados dos tribunais estaduais analisados seguem o mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO. REQUERIMENTO INDEFERIDO QUANDO ENCERRADA A DILAÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE AGRAVO. MATÉRIA PRECLUSA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO AMBIENTAL. DIREITO INDIVIDUAL. ATERRO SANITÁRIO. LIXÃO. DEMANDA PROPOSTA CONTRA CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL DE GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS. RISCO INERENTE À ATIVIDADE. DEPRECIACÃO IMOBILIÁRIA DOS TERRENOS LINDEIROS. PROVA PERICIAL. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. A responsabilidade civil por dano ambiental é objetiva e solidária de todos os transgressores, como deflui da norma § 1º do artigo 14 da Lei nº 6.983/1981, que definiu a Política Nacional do Meio Ambiente. Aos agentes poluidores compete demonstrar a presença de causas de exclusão da responsabilidade objetiva, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito, a força maior ou a ausência de nexo causal entre o dano ambiental e a conduta poluidora que o provocou. “Caso em que a prova produzida nos autos demonstrou que a instalação e operação de unidade de tratamento de resíduos sólidos pelo consórcio demandado provocou danos de ordem patrimonial e extrapatrimonial ao autor, diante da impossibilidade de convivência com o mau cheiro e a proliferação de animais atraídos pelo lixo.” (trecho da ementa do Acórdão da Apelação Cível Nº 70051107084). DANO MATERIAL. DESVALORIZAÇÃO DA ÁREA. DEPRECIACÃO DO VALOR DE MERCADO DO IMÓVEL LINDEIRO. PREJUÍZO COMPROVADO. DESAPROPRIAÇÃO DA GLEBA. FATO SUPERVENIENTE. NOTICIADO DEPÓSITO JUDICIAL DO PREÇO PARA FINS DE IMISSÃO NA POSSE. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O VALOR DA JUSTA INDENIZAÇÃO ADOTADO PELA SENTENÇA DA AÇÃO EXPROPRIATÓRIA CONSIDEROU A DEPRECIACÃO IMOBILIÁRIA PRÉVIA RESULTANTE DO DANO AMBIENTAL. CIRCUNSTÂNCIA INCOMPROVADA. Comprovada por perícia realizada no feito a desvalorização do imóvel pertencente à autora por força do impacto ambiental provocado pelo lixão, o ressarcimento do prejuízo material dá-se com base no laudo pericial. Montante deferido na sentença não impugnado pontualmente no apelo. DANO MORAL IN RE IPSA. Danos morais “in re ipsa”. Dispensa da prova do efetivo prejuízo, porquanto presumido. APELO DESPROVIDO.²⁶⁶ (Grifou-se)

Ainda:

Prudêncio Companhia Prudentina de Desenvolvimento. Recorrido: Otávio Peruque e outros. Relator: Ministra Regina Helena Costa. Brasília (DF), 1º de setembro de 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=1.659.749&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 17/04/2018.

²⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0308650-02.2013.8.21.7000*, de Seberi. Apelante CIGRES-Consórcio Intermunicipal de Gestão de Resíduos Sólidos. Apelada: Vera Regina Kopeski. Relator Des. Miguel Ângelo da Silva. Porto Alegre, 26 de Agosto de 2015.

Responsabilidade Civil do Município - Instalação de aterro controlado (depósito de lixo) em terreno vizinho à propriedade do autor - Desvalorização do imóvel que se mostra evidente, devendo o seu grau ser aferido em liquidação de sentença - Dano moral configurado - Autor e familiares que tiveram que conviver por muito tempo com o odor insuportável do aterro, com os resíduos de lixo que eram trazidos a sua propriedade pelo vento e pela chuva, além de sofrerem a insegurança de o lençol freático da região ser contaminado pelo lixo enterrado, possibilidade aventada em laudo pericial - Recurso oficial e voluntários improvidos.²⁶⁷ (Grifou-se)

Pela análise dos julgados, nota-se certa harmonia na aceitação de que a instalação dos aterros sanitários acarreta certas externalidades negativas capazes de gerar um dano indenizável, refletido na desvalorização imobiliária. Isso porque a problemática está intimamente ligada ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Contudo, as demandas não procuram uma reparação difusa, e sim individual. Sobre a temática, ensina José Rubens Morato Leite:

Com efeito, em vista do interesse individual próprio e do meio ambiente, a finalidade principal do interessado não tem por objetivo imediato a proteção do meio ambiente, que estará sendo tutelado, de forma indireta pela atitude do demandante, isto é, o interesse protegido, de forma direta, é a lesão ao patrimônio e demais valores das pessoas; e, de forma mediata e incidental, o meio ambiente da coletividade, contribuindo para a sua proteção e para o exercício indireto da cidadania ambiental. Porém, mesmo em vista da proteção ao interesse individual próprio, poderá o demandante valer-se do aparato específico do meio ambiente e fundar o seu pedido em responsabilidade objetiva, na forma do citado art. 14, §1º, da Lei n. 6.938, de 1981 e do art. 927, parágrafo único, do Novo Código Civil, provando que a sua lesão pessoal foi oriunda de um ato de poluição, degradação ambiental ou risco provocado pelo demandado.²⁶⁸

Acerca do dano ambiental e a sua responsabilização objetiva, ensina Paulo Affonso Leme Machado:

A responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Presente, pois, o binômio dano/reparação. Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar. A responsabilidade sem culpa tem incidência na indenização ou na reparação dos 'danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade' (art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981). Não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida pelo que degrada, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se quem foi atingido e, se for o meio ambiente e o homem, inicia-se o processo lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental.²⁶⁹

²⁶⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 9086063-65.2006.8.26.0000*. Relatora: Ana Luiza Liarte, São Paulo, 23 de abril de 2012.

²⁶⁸ MORATO LEITE, José. Rubens. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. Ed; São Paulo: RT, 2003, p. 138-139.

²⁶⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 404.

A indenização, portanto, se mostra clara na seara jurisprudencial e doutrinária, uma vez que se mostra respaldada no princípios da isonomia e reforçada pelo direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O que chama a atenção nas decisões ora analisadas, é a exposição de fundamentos, que pouco se preocupa em demonstrar a responsabilidade objetiva dos Estado, conforme a teoria do risco administrativo.

A celeuma dos casos no âmbito jurisprudencial mora na comprovação da efetiva desvalorização dos imóveis. As partes se digladiam na produção de provas, focando seus esforços na análise das circunstâncias fáticas do caso. O laudo pericial é o sustentáculo de todas as decisões sobre a temática, posto que a prova técnica busca investigar a ocorrência, ou não, da desvalorização imobiliária, detalhando eventual prejuízo patrimonial suportado, fato que proporciona a caracterização do dano como indenizável.

A fundamentação doutrinária pouco é debatida, dando ares de aceitação do dever de ressarcir os imóveis que sofreram depreciação imobiliária decorrente da instalação de aterro sanitário, com fulcro na teoria do risco administrativo.

Ademais, constata-se que praticamente todas as demandas analisadas neste estudo pleiteiam, juntamente com o ressarcimento de danos patrimoniais, danos extrapatrimoniais, frequentemente fundados no forte odor advindo do aterro, bem como a degradação ambiental, como se depreende do julgado colhido do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS. USINA DE TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS (LIXO ORGÂNICO). DESVALORIZAÇÃO DO IMÓVEL DO AUTOR. DANOS PATRIMONIAIS COMPROVADOS. MAU CHEIRO. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS CONFIGURADOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO DANO AMBIENTAL. Em se tratando de reparação por danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade (art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981), a responsabilidade é objetiva, significando que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Para que obtenha êxito na sua ação indenizatória, ao autor impõe-se juntar aos autos elementos que comprovem a presença de tais elementos caracterizadores da responsabilidade civil Objetiva. Tendo o autor logrado êxito em se desincumbir do encargo de comprovar o fato constitutivo do seu direito alegado na inicial, atende ao imposto pelo art. 333, I, do CPC. É imperativa a procedência do pedido formulado em ação de indenização por danos e morais.

Caso em que a prova produzida nos autos demonstrou que a instalação e operação de unidade de tratamento de resíduos sólidos pelo consórcio demandado provocou danos de ordem patrimonial e extrapatrimonial ao autor, diante da impossibilidade de convivência com o mau cheiro e a proliferação de animais atraídos pelo lixo. **DANOS PATRIMONIAIS.** Comprovados os danos materiais, deve o réu indenizar os prejuízos efetivamente suportados pelo autor, nos termos dos artigos 402 e 944 do Código Civil. Prova pericial que evidencia a desvalorização do imóvel do autor, bem como aponta precisamente o valor a lhe ser ressarcido. **DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. Os danos relatados pela parte autora na petição**

inicial foram suficientemente demonstrados pelo conjunto probatório trazido ao caderno processual, tendo ficado evidentes, em virtude da comprovação do mau cheiro e a existência de animais que passaram a frequentar as proximidades da unidade de tratamento de resíduos sólidos operada pelo demandado. Dano ambiental individual configurado. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Mantido o percentual da verba honorária fixada pela sentença, em obediência aos vetores estabelecidos no art. 20, § 3º, do CPC. APELO DESPROVIDO.²⁷⁰ (Grifou-se)

Denota-se que as externalidades provocadas pela atividade exercida nos aterros sanitários extrapolam a esfera patrimonial. O constante convívio com o mau cheiro, a poluição visual, os animais rondando a região atraídos pelo lixo, proporcionam um abalo moral, afetando o equilíbrio psicológico do indivíduo. Sobre o dano moral, preceitua Yussef Said Cahali:

[...] a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)"²⁷¹

As externalidades provocadas pela instalação de aterro sanitário impactam fortemente aos arredores do empreendimento, afetando, inclusive, o comportamento psicológico dos moradores vizinhos, que passam a conviver em ambiente inóspito decorrente dos fortes odores e queda em suas qualidades de vida.

Portanto, os casos analisados mostram a convergência entre o entendimento jurisprudencial e doutrinário, reconhecendo o dever estatal de ressarcir eventuais prejudicados pelas externalidades provenientes do aterro sanitário, seja pelo dano patrimonial da desvalorização imobiliária ou dano extrapatrimonial, pelo abalo moral da convivência com tal empreendimento.

3.4 O CASO DOS CEMITÉRIOS

Na mesma tônica dos aterros sanitários, a instalação de cemitérios também preocupa o chamado “meio ambiente ecologicamente equilibrado”. A sua implementação necessita seguir uma série de comandos a fim de minimizar os impactos que a atividade proporciona.

²⁷⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n.70051107084*, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Porto Alegre, 28 de agosto de 2013.

²⁷¹ CAHALI, 1998. p. irreg.

A preocupação funda-se no potencial poluidor da atividade, evitando, assim, futuros problemas ambientais no local. Para tanto, o Conselho Nacional do Meio Ambiente regulamenta, através da Resolução 335/2003, o licenciamento ambiental de cemitérios, elencando regramentos referentes às características do terreno e suas vedações, respeito ao zoneamento municipal, cuidados com mananciais, procedimentos para manuseio de determinados materiais, além de uma série de estudo de impacto.

Especificamente acerca da desvalorização imobiliária ocasionada pela instalação de cemitérios pelo Poder Público, como já dito, nota-se certa semelhança entre as instalações de aterros sanitários e cemitérios, principalmente na preocupação ambiental. Todavia, analisando a jurisprudência, percebe-se uma certa distinção na temática.

Enquanto os julgados sobre as instalações de aterros sanitários dividem-se nos pedidos de ressarcimento material e moral, o pleito indenizatório à títulos de danos materiais nas demandas que versam sobre as instalações de cemitérios se mostram subsidiários. A argumentação nesses casos são centradas em eventual dano moral proporcionado pelo manuseio de corpos ou descarte de material humano.

Colhe-se julgado que demonstra essa tendência:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER. FUNCIONAMENTO IRREGULAR DE CEMITÉRIO. OCORRÊNCIA DE DANOS AOS IMÓVEIS LINDEIROS. **Indenização pela desvalorização do imóvel. Indevida.** A demandada, adquirente do imóvel, tinha condições de cientificar-se a respeito de possibilidade de ampliação do cemitério localizado em terreno vizinho. **Indenização por dano moral. Cabimento. Quantum indenizatório. Há responsabilidade em indenizar quando comprovadas a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem: a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos. Para a fixação do dano devem ser considerados a extensão do dano causado, a situação patrimonial e a imagem do causador do dano, a situação patrimonial do lesado e a intenção do autor do dano.** Construção de muro e plantação de árvores em imóvel lindeiro. A obrigação de fazer, no caso, deve ser realizada em 30 dias, pois a ampliação do cemitério começou em 1991, e o projeto ainda não foi concluído, podendo acarretar ainda mais danos aos imóveis vizinhos. Negaram provimento às apelações. Unânime.²⁷² (Grifou-se)

O pleito indenizatório acerca do dano material, no estudo em apreço traduzível na desvalorização imobiliária, aparece, portanto, como mero coadjuvante, focando-se a argumentação no dano moral sofrido. Uma das razões reside na maior facilidade em

²⁷² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n.70013716337*, Relator: Mario Rocha Lopes Filho. Porto Alegre, 28de agosto de 2013.

demonstrar eventual abalo anormal causado pela atividade com cadáveres, enquanto o dano material enfrenta maior dificuldade na sua aferição.

Acerca do dano patrimonial, percebe-se que o debate nas demandas reside na produção de prova capaz de demonstrar indubitavelmente a diferença entre o valor anterior e o posterior após a efetiva instalação dos aterros, evidenciando a depreciação no valor venal do imóvel.

Percebe-se essa dificuldade perscrutando julgados dos tribunais em casos semelhantes ao supracitado:

Apelação. Indenização por danos materiais. Responsabilidade civil do Estado. Alegada indevida ampliação do cemitério pela Municipalidade, ocasionando a desvalorização da grande maioria dos lotes de propriedade dos autores - Inadmissibilidade. Ausência de comprovação da culpa ou dolo da Municipalidade, assim como de nexa causal. Manutenção da sentença - Recurso desprovido.²⁷³ (Grifou-se)

A demanda sobre a ampliação de cemitério ter condão de causar desvalorização nos lotes do empreendimento imobiliário vizinho, uma vez que a ampliação do cemitério faria fronteira com a área de lazer do condomínio. Alegaram, os prejudicados, que a ampliação fora feita irregularmente, tese rapidamente afastada frente aos documentos apresentados.

No tocante ao pleito indenizatório sobre a desvalorização dos lotes, a decisão em 1º grau afastou a tese de depreciação imobiliária, afirmando, ainda, que mesmo confirmada eventual desvalorização, o dano não se mostraria anormal, como exigido na configuração do dever de ressarcir. No mesmo sentido, os magistrados entenderam não ocorrer a desvalorização, uma vez que já existia cemitério nas proximidades, isto é, a eventual desvalorização já havia ocorrido antes da obra de ampliação.

Segue mesmo raciocínio o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CEMITÉRIO MUNICIPAL. MANUTENÇÃO. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA COMPROVADA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. **DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS.** Em se tratando de omissão da Administração Pública, exige-se a prova da culpa (negligência, imprudência ou imperícia), ou seja, aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Hipótese em que restou abundantemente comprovada a negligência do Município quanto à destinação adequada dos resíduos provenientes da atividade cemiterial. As adversidades sofridas pelo autor, a aflição e o desequilíbrio em seu bem-estar, fugiram à normalidade e se constituíram em agressão

²⁷³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 9113670-48.2009.8.26.0000*, de Barretos. Apelante Nilson Barroso e Outra. Apelado Município de Barretos. Relator Des. Castilho Barbosa. São Paulo, 26 de fevereiro de 2013.

à sua dignidade. Dano moral que se deu *in re ipsa*. Fixação do montante indenizatório considerando o grave equívoco do réu, o aborrecimento e o transtorno sofridos pelo demandante, além do caráter punitivo-compensatório da reparação. Indenização fixada em R\$ 8.000,00 (oito mil reais), consoante as particularidades do caso concreto. **O dano material não se presume, pelo que não é devida a respectiva indenização quando ausente prova da alegada desvalorização do imóvel do apelante.** APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.²⁷⁴ (Grifou-se)

A perda do valor dos imóveis não restou demonstrada pelo autor, não sendo possível presumir a suposta desvalorização pelo simples fato da instalação do cemitério. No entanto, o dano moral fora facilmente acatado, por decorrer de *in re ipsa* do próprio dano. O autor passou a conviver com condição degradante proporcionada pelo depósito irregular de ossos humanos, caixões, bem como outros materiais “indesejáveis”, caracterizando inegável abalo moral.

Por fim, atenta-se ao pequeno número de demandas acerca da desvalorização imobiliária, e mais, a concentração dos julgados se encontram no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sendo que no restante dos Tribunais, há a prevalência do pleito indenizatório no tocante ao dano moral, relativo à atividade de manuseio de material humano.

²⁷⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n.70056921596*. Relator: Tulio de Oliveira Martins. Porto Alegre, 30 de janeiro de 2014.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia, com o decorrer da evolução no estudo do instituto da responsabilidade civil estatal, permitiu aprofundar-se tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial no tocante às particularidades no dever do Estado indenizar eventuais externalidades negativas, com maior abrangência na análise da desvalorização imobiliária ocasionadas pelas obras públicas.

As teorias e conceitos estudados proporcionaram um maior embasamento para a análise dos posicionamentos dos tribunais acerca da temática, resultando em uma compreensão mais complexa e crítica em relação aos debates e eventuais contradições que surgiram no âmbito decisório.

O problema apresentado serviu de bússola para o desenvolvimento, buscando avançar no estudo doutrinário, mediante análise de teorias e conceitos pertinentes na temática, almejando obter um maior alicerce para a análise dos posicionamentos dos tribunais sobre o objeto em estudo, resultando em uma compreensão mais complexa e crítica em relação aos debates e eventuais contradições que possam surgir no âmbito decisório.

A hipótese principal se mostrou correta na seara doutrinária, constatando o entendimento de que as externalidades negativas aqui estudadas, sejam elas patrimoniais (desvalorização imobiliária) ou extrapatrimoniais (danos morais), devem ser indenizadas pelo ente público causador do dano. Por sua vez, os julgados, embora não pacificados, caminham ao encontro do entendimento doutrinário.

Dessa forma, embora os casos analisados apontarem para a aceitação, tanto na doutrina como na jurisprudência, da responsabilidade objetiva do Estado pela causação de danos provenientes da atuação estatal, conforme a Teoria do Risco Administrativo, existem certas discordâncias nos julgados. Contudo, o entendimento das decisões estudadas apontam na aceitação da desvalorização imobiliária ser enquadrada como dano passível de ensejar o dever ressarcitório.

O primeiro capítulo apresentou um esboço histórico acerca da responsabilidade civil, com destaque para a atuação estatal, compreendendo a singularidade de cada teoria ligada ao momento político-ideológico do Estado. A apresentação de conceitos e teorias sobre o instituto proporcionou concluir que o progresso do instituto buscou sanar certas injustiças históricas, partindo-se do momento em que se imperava a Teoria da Irresponsabilidade do Estado frente aos prejuízos causados, até chegar à adoção da Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado. A evolução das teorias mostrou a busca pela equiparação de forças entre

as partes, uma vez que o Estado possui uma série de prerrogativas para a sua atuação, causando grande dificuldade, e em alguns momentos históricos até impossibilidade, do prejudicado obter seu dano ressarcido pelo ente estatal causador do dano. Ainda no primeiro capítulo, abordou-se sobre o tratamento constitucional sobre a matéria, restando clara a opção legislativa no sentido de responsabilizar objetivamente o Estado perante suas condutas danosas, conforme o disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Por fim, o primeiro capítulo percorreu acerca dos elementos ensejadores da Responsabilidade Estatal, ressaltando o abandono do instituto na análise da culpa, centrando seus esforços no tocante ao dano e nexos causal.

Especificamente com relação ao dano, tratado no segundo capítulo, salienta-se que um dos objetivos específicos iniciais da presente monografia era o demonstrar que a desvalorização imobiliária, como externalidade negativa, é caracterizada como dano indenizável. Com o andamento do estudo, procurou-se aprofundar o conceito de dano, inserindo o conceito de externalidade na sua investigação, além de apresentar a desvalorização imobiliária como sendo uma externalidade negativa ensejadora de responsabilização. Após, partiu-se para o estudo do tributo da contribuição de melhoria, colocando em voga o seu fato gerador, isto é, a valorização imobiliária, investigando suas peculiaridades e, principalmente, sua justificativa principiológica, a fim de obter parâmetro de comparação para a análise dos julgados no tocante à responsabilização estatal frente à desvalorização imobiliária ocasionada pelas obras públicas.

Superada a análise teórica da desvalorização imobiliária como dano indenizável, prosseguiu-se à exploração do entendimento dos tribunais brasileiros em relação à responsabilização estatal pela desvalorização imobiliária das ditas obras públicas indesejáveis.

Primeiramente, notou-se que o Estado, na sua missão constitucional em promover o desenvolvimento nacional, necessita executar determinadas obras públicas, dentre elas, penitenciárias, aterros sanitários e cemitérios. O fato é que a instalação dessas obras especificadas produzem um conjunto de externalidades negativas ao entorno dos empreendimentos públicos, resultando na resistência por parte das comunidades que suportam as suas respectivas instalações, sem contar o forte regramento exigido para as suas concretizações. Assim, perscrutando os julgados que abordam sobre a dever de ressarcimento em relação à desvalorização imobiliária, embora não ser pacífico, a jurisprudência caminha na mesma estrada da doutrina, constatando-se uma convergência no entendimento de caracterizar a desvalorização dos imóveis como dano indenizável.

Percebeu-se, nos julgados, que a maior dificuldade encontrada pelos supostos prejudicados pela desvalorização foi no sentido probatório, em apresentar provas realmente capazes de demonstrar o real prejuízo aferido. Todos os julgados analisados usaram a prova técnica, mais especificamente o Laudo Pericial, para demonstrar o dano, sendo largamente utilizado pelos magistrados a fim de caracterização da responsabilidade. No tocante à fundamentação jurídica, o Tributo da Contribuição de Melhoria e as decisões judiciais sobre o dever de ressarcir se coadunam, afinal buscam no princípio da isonomia o fundamento para distribuir o ônus de forma igualitária. Se poucos que se beneficiam às custas dos muitos devem ressarcir os muitos (Contribuição de Melhoria), os muitos devem ressarcir os poucos prejudicados pelas obras públicas.

Ademais, a discussão das obras em tela, ao mesmo tempo indesejadas na interpretação dos vizinhos ao empreendimento e necessárias para a coletividade, confronta dois princípios: o da isonomia, que busca a distribuição igualitária de ônus e bônus; e o da supremacia do interesse público, que norteia toda a atuação estatal, justificando uma série de prerrogativas ao Poder Público. No estudo, concluiu-se pela necessidade de desconstrução do princípio da supremacia pública como simples argumento retórico para afastar a responsabilização estatal, identificando a indispensabilidade de interpretar o princípio juntamente com os ditames constitucionais, no presente caso, destacando-se o princípio da igualdade.

Ao fim do estudo, considera-se confirmada a hipótese formulada, esperando ter alcançado o objetivo geral, bem como os específicos, com a abordagem doutrinária e jurisprudencial no que tange ao tema proposto. Conclui-se, portanto, que a desvalorização imobiliária, como externalidade negativa provocada pela instalação de obras públicas tidas como indesejadas, é dano capaz de ensejar a responsabilidade civil estatal. Tal conclusão se mostra coerente com os ditames de um novo Direito Administrativo, que busca a valorização constitucional, a fim de torná-lo realmente democrático.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário* - 11. Ed. rev atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2017.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini. A evolução do direito de propriedade ao logo dos textos constitucionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* v. 103 p. 781 - 791 jan./dez. 2008. Disponível em <file:///C:/Users/user/Downloads/67828-89259-1-PB.pdf>. Acesso: 4/4/2018.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*, 6. Ed., São Paulo: Malheiros. 1995.

AXELROD, Roberto. *The evolution of cooperarion*. Revised edition. New York-NY: Basic Books, 2006.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. Ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro, Forense, 2010.

BERNARDO, André Luiz de Jesus. *Sobre a (im)Prescritibilidade da Pretensão de Ressarcimento de Danos Causados ao Erário por Ato de Improbidade Administrativa*; Orientador, José Sérgio da Silva Cristóvam. Florianópolis, SC, 2017.

BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio. *Curso de direito civil*, volume IV, Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

BÜHRING, Márcia Andrea. *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

BRASIL. Ministério da Justiça - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Diretrizes básicas para arquitetura prisional. 111 p. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNPCP/2011Diretrizes_ArquiteturaPenal_resolucao_09_11_CNPCP.pdf> Acesso em: 20/02/2018.

_____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 18/01/2018.

_____. *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Assembleia Constituinte, promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso: 16/4/2018.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso: 16/4/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 109.605/SP*. Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, 2 de agosto de 1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 115.863/SP*. Relator Ministro Célio Borja, Brasília, 29 de janeiro de 1991.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 109.605*. Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, 2 de agosto de 1996.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 571.969/DF*. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 12 de março de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6761677>>. Acesso em: 14/4/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 447.433*. Relatora Ministra Denise Arruda, Brasília, 22 de junho de 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 114.069*. Relator Ministro Milton Luiz Pereira, Brasília, 15 de abril de 1994.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 1.659.749 - SP (2017/0029741-1)*. Recorrente: Prudêncio Companhia Prudentina de Desenvolvimento. Recorrido: Otávio Peruque e outros. Relator: Ministra Regina Helena Costa. Brasília (DF), 1º de setembro de 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=1.659.749&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>> . Acesso em: 17/04/2018.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 4. Ed. rev., atual. e ampl.: Revista dos Tribunais, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

COÊLHO, Sasha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro* - Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COSTA, Dyego de Carvalho. *Dilema do prisioneiro: efeito das consequências individuais e culturais*. Orientadora: Profa. Dra. Laércia Abreu Vasconcelos. Dissertação de Mestrado em Ciências do Comportamento da Universidade de Brasília - UnB. Brasília/DF, 2009.

COSTA, Mateus Stallivieri. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Revisão da Doutrina e da Aplicação do Instituto nos Tribunais Superiores* / Mateus Stallivieri da Costa; Orientador, Guilherme Henrique Lima Reinig. Florianópolis, SC, 2017.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Fundações públicas*. Revista de Informação Legislativa, ano 26, nº 101, p. 173-182, jun./mar, 1989.

_____. *Tratado de direito administrativo*. Vol. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública Democrática e Supremacia do Interesse Público: Novo Regime Jurídico-Administrativo e seus Princípios Constitucionais Estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, José de Aguiar. *Responsabilidade civil do estado no direito brasileiro*, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, vol. 7: responsabilidade civil*. 23. Ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. *Responsabilidade do Estado pela prática de atos lícitos*, in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, nº 67/68, janeiro/dezembro, 2008.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 10. Ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das coisas*, vol. 5. 11. Ed - São Paulo: Saraiva, 2016.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 7. Ed.. São Paulo: Atlas, 2000.

HUMENHUK, Hewerstton. *Responsabilidade Civil do Estado Constitucional por Omissão*. Porto Alegre, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARQUES, Carlos Roberto. *Contornos e fundamentos modernos da contribuição de melhoria*. Rio de Janeiro: lumen juris, 2005.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 498-499.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. *Reexame Necessário n. 34893/2011*, de Água Boa. Relator Des. Mariano Alonso Ribeiro Travassos, Quarta Câmara Cível. DJ. 10 de Janeiro de 2012.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 2005.017270-8*, de Dourados. Relator Des. Luiz Carlos Santini, Segunda Turma Cível. DJ. 11 dez. 2007.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 2005.017270-8*, de Dourados. Relator Des. Luiz Carlos Santini, Segunda Turma Cível. DJ. 11 dez. 2007.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno: De acordo com a EC19/98*. 15. Ed. São Paulo: RT. 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MONTANA, Patrick J.; CHARNOV, Bruce H. *Administração*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORATO LEITE, José. Rubens. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed; São Paulo: RT, 2003.

_____. *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 102.

MOROSINI, Marco Aurélio. *Aspectos teóricos da responsabilidade civil do estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional*. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/167774/339926.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso 10/03/2018.

MOTTA, Bruno Rodrigues. *Responsabilidade Civil do Estado pela Desvalorização Imobiliária*. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1211290361174218181901.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2018.

NICHOLSON W. & SNYDER, C. *Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions*, 11. Ed. South Western, 2010.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLÍMPIO, Bruno Querino. *Análise da contribuição de melhoria sob o aspecto da desvalorização imobiliária*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 21 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54415&seo=1>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

PEDREIRA, Ana Maria. *A responsabilidade do estado por omissão*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2016.

PENALOZA, Rodrigo. Medium. *Externalidades e o Teorema de Coase*. Disponível em: <<https://medium.com/@milesmithrae/externalidades-e-o-teorema-de-coase-rodrigo-pe%C3%B1aloza-dez-2015-6ebb29f90120>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0308650-02.2013.8.21.7000*, de Seberi. Apelante CIGRES-Consórcio Intermunicipal de Gestão de Resíduos Sólidos. Apelada: Vera Regina Kopeski. Relator Des. Miguel Ângelo da Silva. Nona Câmara Cível. DJ. Porto Alegre, 26 de Agosto de 2015.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70051107084*, Nona Câmara Cível, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 28/08/2013.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70013716337*, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Mario Rocha Lopes Filho, Julgado em 28/08/2013.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70056921596*, Décima Câmara Cível, Relator: Tulio de Oliveira Martins, Julgado em 30/01/2014.

ROSA, Leilane Mendonça Zavarizi da. *Reflexões acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado*. Florianópolis : UFSC : 1996. 123 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas - Especialidade Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 1996. Orientador(es): CARLIN, Volnei Ivo.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário* – 9. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 9113670-48.2009.8.26.0000*, de Barretos. Apelante Nilson Barroso e Outra. Apelado Município de Barretos. Relator Des. Castilho Barbosa. DJ. São Paulo, 26 de fevereiro de 2013.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 9086063-65.2006.8.26.0000*, Quarta Câmara de Direito Público. Relatora: Ana Luiza Liarte, julgado em 23/04/2012.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0363357-66.2009.8.26.0000*, de São Paulo. Relator Des. Edson Ferreira, Décima Segunda Câmara de Direito Público. Dj. 11 de novembro de 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 2009.022084-3*, de Araranguá. Relator Des. Vanderlei Romer. Primeira Câmara de Direito Público. Dj. 15 de novembro de 2009.

_____. Tribunal de Justiça. *Reexame Necessário n. 2012.069560-0*, de Videira. Relator Des. Paulo Ricardo Bruschi, Terceira Câmara de Direito Público. DJ. 10-06-2014.

SASAKI, Fábio. *Entenda a crise no sistema penitenciário brasileiro*. Disponível em: <<https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/atualidades-vestibular/entenda-a-crise-no-sistema-penitenciario-brasileiro/>> Acesso em: 23 mar 2018.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: R. Picho net R. Durand Auzias, 1951.

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. *Manual de direito administrativo*. 4. Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

SILVA, Anderson. *Tijucas aumenta fila de municípios que se recusam a autorizar a construção de novas unidades*. Disponível em: <<http://cbndiario.clicrbs.com.br/sc/noticia-aberta/tijucas-aumenta-fila-de-municipios-que-se-recusam-a-autorizar-a-construcao-de-novas-unidades-200367.html>> Acesso em: 10 mar. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SZTAJN, Rachel. *Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro São Paulo, Malheiros v.133, jan. 2004.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia: conceitos básicos*. Tradução Maria José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli - Rio de Janeiro: Elsevier, 2006 - 7ª reimpressão.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil - Volume Único*. 4. Ed. São Paulo: Método, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*, 12. Ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia: conceitos básicos*. Tradução Maria José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli - Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil Vol. 4: Responsabilidade Civil*. 8. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.